

# **Forbudet mot graviditetsdiskriminering i arbeidslivet**



Universitetet i Oslo  
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 567  
Leveringsfrist: 25.04.2012

Til sammen 17979 ord

24.04.2012

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>3</u></b>
1.1	Avhandlingens tema	3
1.2	Videre fremstilling	4
<b><u>2</u></b>	<b><u>GRAVIDITETSDISKRIMINERING</u></b>	<b><u>4</u></b>
2.1	Rettslig grunnlag	4
2.2	Hvem er beskyttet som «gravid arbeidstaker»?	8
2.2.1	Generelt om arbeidstakerbegrepet	8
2.2.2	Særlig om kunstig befruktning	10
2.2.3	Særlig om tilknytningsdiskriminering	14
<b><u>3</u></b>	<b><u>ANSETTELSE</u></b>	<b><u>18</u></b>
3.1	Generelt om diskrimineringsvernet ved ansettelse	18
3.2	Særlig om diskrimineringsvernet ved midlertidig ansettelse	21
<b><u>4</u></b>	<b><u>OPPSIGELSE</u></b>	<b><u>25</u></b>
4.1	Generelt om diskrimineringsvernet ved oppsigelse	25
4.2	Særlig om graviditetsrelatert sykefravær	30
4.3	Særlig om arbeidsmiljøloven § 15-9	32
<b><u>5</u></b>	<b><u>OPPLYSNINGSPLIKT</u></b>	<b><u>35</u></b>
<b><u>6</u></b>	<b><u>ENDRING AV ARBEIDSVILKÅR</u></b>	<b><u>37</u></b>
<b><u>7</u></b>	<b><u>BEVISBYRDEREGLENE</u></b>	<b><u>49</u></b>

<b><u>8</u></b>	<b><u>SAMMENFATNING OG PERSPEKTIVER</u></b>	<b><u>55</u></b>
<b><u>9</u></b>	<b><u>REGISTER</u></b>	<b><u>61</u></b>

# 1 Innledning

## 1.1 Avhandlingens tema

I denne avhandlingen skal jeg redegjøre for forbudet mot graviditetsdiskriminering i arbeidslivet. Graviditetsdiskriminering berører meget viktige rettigheter for kvinner og er den mest alminnelige formen for kjønnsdiskriminering. I løpet av perioden 2007-2011 behandlet Likestillings- og diskrimineringsombudet 128 klager om forskjellsbehandling på grunnlag av graviditet og foreldrepermisjon.<sup>1</sup> Antallet veiledningssaker for ombudet var på hele 845.<sup>2</sup>

De fleste saker om kjønnsdiskriminering blir endelig avgjort i Likestillings- og diskrimineringsnemnda, og praksis fra nemnda har derfor betydning ved tolking av likestillingsloven.<sup>3</sup> Det finnes således lite domstolspraksis i norsk rett på dette området, i motsetning til dansk rett hvor det er rikelig med rettspraksis fra domstolene innenfor likestillingsrett. EU-retten har en særlig fremtredende plass på kjønnsdiskrimineringsforbudets område, både i form av rettspraksis og EU og EØS-rettslige direktiver. Forbudet mot graviditetsdiskriminering er blitt utpenslet gjennom EF-domstolens rettspraksis og har således stor vekt ved fortolkningen av likestillingsloven.

---

<sup>1</sup> Likestillings- og diskrimineringsombudet fører tilsyn med at likestillingsloven blir overholdt og kan gi uttalelser i enkeltsaker om hvorvidt loven er overtrådt, jf. diskrimineringsombudsloven § 3 (2) og (3).

<sup>2</sup> Likestillings- og diskrimineringsombudet *Klage- og veiledningssaker: Graviditet og foreldrepermisjon 2007-2011* (2011).

<sup>3</sup> Likestillings- og diskrimineringsnemnda behandler saker som blir innklaget av en privat part eller av ombudet, og vedtak fattet av ombudet i særlig tilfelle, jf. diskrimineringsombudsloven § 6 (1). I motsetning til ombudet så har nemnda vedtaksmyndighet, unntatt endring/oppheving av forvaltningsrettslige enkeltvedtak, jf. diskrimineringsombudsloven § 7. Se nærmere om dette i punkt 8.

## 1.2 Videre fremstilling

Jeg skal se nærmere på forbudet mot graviditetsdiskriminering i EU-retten gjennom EU-rettslige direktiver og EF-domstolens praksis og knytte dette opp mot likestillingsloven, arbeidsmiljøloven, praksis fra Likestillings- og diskrimineringsnemnda og Likestillings- og diskrimineringsombudet samt dansk rettspraksis og lovgivning. Jeg berører også FNs kvinnekonvensjon.

Jeg skal presentere emnet ved å beskrive ulike situasjoner hvor kvinner oftest rammes av graviditetsdiskriminering. Disse situasjonene er diskriminering ved ansettelse, oppsigelse og endring av arbeidsvilkår. Dette vil bli behandlet i punkt 3, 4 og 6 i avhandlingen. I tillegg skal jeg særlig drøfte innholdet i begrepet «*gravid arbeidstaker*» i EU-retten i punkt 2.2, problemstillinger knyttet til opplysningsplikt ved graviditet i punkt 5 og bevisbyrdereglene i punkt 7.

## 2 Graviditetsdiskriminering

### 2.1 Rettslig grunnlag

Diskrimineringsvernet for gravide følger av direktiv 76/207/EØF om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår om likebehandling av menn og kvinner (likebehandlingsdirektivet), nå avløst av direktiv 2006/54/EF «om gjennomføring av prinsippet om like høve for og lik handsaming av menn og kvinner ved tilsetjing og i arbeidstilhøve» (likestillingsdirektivet). Likestillingsdirektivet er innlemmet i EØS-avtalen. Det følger av artikkel 1 nr. 1 i 1976-direktivet at medlemsstatene skal gjennomføre prinsippet om likebehandling mellom menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, herunder forfremmelse, yrkesopplæring og arbeidsforhold. Artikkel 2 nr. 1 sier prinsippet om likebehandling betyr «... *at det ikke skal forekomme noen form for forskjellsbehandling på grunn av kjønn, verken direkte eller indirekte, særlig under henvisning til sivilstand eller familiesituasjon.*» Det fremgår av artikkel 5. nr. 1 at «*Gjennomføringen av prinsippet om likebehandling når det gjelder arbeidsvilkår, herunder oppsigelsesvilkår, innebærer at menn og kvinner skal være sikret de samme vilkår uten forskjellsbehandling på grunn av kjønn.*»

Forbudet mot graviditetsdiskriminering er uttrykkelig angitt i artikkel 2 nr. 2 (c) i det nye likestillingsdirektivet: «*I dette direktiv omfatter forskjellsbehandling ... enhver form for dårligere behandling af en kvinde i forbindelse med graviditet eller barselorlov som defineret i direktiv 92/85/EØF.*»<sup>4</sup> Forbudet mot graviditetsdiskriminering fremkommer også av formålsbetraktningene i direktivet. Det blir uttalt at slik forskjellsbehandling utgjør direkte forskjellsbehandling. Det sies også at særtiltak for å beskytte kvinner i forbindelse med graviditet og barsel er nødvendig for å oppnå reell likestilling. I tillegg fremgår det at kvinners rettigheter i arbeidsforhold ikke skal svekkes som følge av fødselspermisjon.<sup>5</sup> Dette er en kodifisering av EF-domstolens rettspraksis.

Første gang EF-domstolen slo fast at graviditetsdiskriminering faller under forbudet mot direkte diskriminering var i Dekker-dommen.<sup>6</sup> Denne dommen gjaldt en gravid kvinne som søkte fast stilling som lærer. Kvinnen var best kvalifisert av alle som søkte, men arbeidsgiver nektet å ansette kvinnen på grunn av negative økonomiske konsekvenser dette ville ha for virksomheten. Arbeidsgiver måtte etter nasjonale regler betale kvinnen dagpenger i permisjonstiden og under eventuelt sykefravær uten å få dette refundert. EU-domstolen fastslo at forbigåelsen av kvinnen var hovedsakelig begrunnet i graviditeten, og at slik forskjellsbehandling er noe som kun kan ramme kvinner. Av den grunn forelå det direkte diskriminering basert på kjønn.

Graviditetsdiskriminering omfatter forskjellsbehandling som er begrunnet i graviditet og utnyttelse av rettigheter og fravær i forbindelse med graviditet.<sup>7</sup> EF-domstolen skiller mellom en beskyttet periode for mor og barn under graviditeten og rett etter fødselen, og perioden etter dette.<sup>8</sup> Dette følger også av artikkel 8 i direktiv 92/85/EØF om iverksetting av tiltak som forbedrer helse og sikkerhet på arbeidsplassen for gravide arbeidstakere og arbeidstakere som nylig har født eller som ammer

---

<sup>4</sup> Det er referert til den danske oversettelse av direktivet da det ikke foreligger en norsk offisiell oversettelse av dette. Det vil følgelig også bli referert til den danske oversettelse videre i oppgaven.

<sup>5</sup> EP/Rdir 2006/54/EF formålsbetraktning 23-25.

<sup>6</sup> Sag C-177/88 Dekker mod Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen.

<sup>7</sup> Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s 32. punkt 6.3.2.

<sup>8</sup> Ibid.

(svangerskapsdirektivet), som er en del av EØS-avtalen, og som gir kvinnelige arbeidstakere rett til minst 14 sammenhengende ukers permisjon før og/eller etter fødselen. To av permisjonsukene er obligatoriske. Disse 14 ukene er den beskyttede perioden og under denne permisjonstiden er diskrimineringsforbudet absolutt. Diskrimineringsvernet er sterkere desto nærmere forskjellsbehandlingen er knyttet til graviditeten og desto kortere fravær det er tale om.<sup>9</sup>

EUs direktiv om rammeavtale om foreldrepermisjon (2010/18/EU) er også aktuell i forhold til graviditetsdiskriminering. Forskjellsbehandling på grunn av foreldrepermisjon omfattes ikke av forbudet, men forskjellsbehandling på grunn av fødselspermisjon står ofte i sammenheng med forskjellsbehandling på grunn av foreldrepermisjon. Direktivet gir hver forelder en individuell rett til 16 ukers foreldrepermisjon. Etter rammeavtalens artikkel 5 nr. 4 vernes arbeidstakere mot forskjellsbehandling på grunn av permisjon eller søknad om permisjon. Dette gjelder blant annet både vern mot oppsigelse, manglende forfremmelse eller lønnsforhøyelse, og det gir en rett til å få tilbake samme eller tilsvarende stilling som før permisjonen.<sup>10</sup>

FNs kvinnekonvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner er også en sentral rettskilde når det gjelder forbudet mot graviditetsdiskriminering. Det presiseres i fortalet til konvensjonen at kvinner ikke skal diskrimineres som følge av deres roller som mødre og at ansvaret for omsorg for barn bør bli delt mellom menn og kvinner for å oppnå likestilling. Artikkel 11 nr. 2 oppstiller en plikt for statene til å forby avskjedigelse på grunn av graviditet eller svangerskapspermisjon, og diskriminering ved oppsigelser på grunnlag av ekteskapelig status. Statene skal også innføre svangerskapspermisjon med lønn eller tilsvarende sosiale ytelser, uten at dette fører til tap av stilling, ansiennitet eller sosiale goder. Artikkel 4 nr. 2 presiserer at særtiltak til beskyttelse av moren i tiden før og etter fødsel ikke skal anses som diskriminering.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> *Likestillings- og diskrimineringsrett* (2008) s. 199.

<sup>10</sup> Arbeidsdepartementet (2011).

<sup>11</sup> Mooney Cotter (2010) s. 39.

FNs kvinnekonvensjon er implementert i norsk rett gjennom menneskerettighetsloven § 2 nr. 5. Menneskerettighetsloven § 3 gir konvensjonen forrang i norsk rett. Dette innebærer at ved motstrids så skal kvinnekonvensjonen gå foran annen norsk lovgivning. Dette gir diskrimineringsvernet en særlig høy status i norsk rett. Likestillings- og diskrimineringsombudet fører tilsyn med at norsk rett og forvaltningspraksis er i overensstemmelse med forpliktelsene Norge har etter FNs kvinnekonvensjon.<sup>12</sup> Norske domstoler, ombudet og nemnda skal anvende konvensjonen som rettskilde i enkeltsaker, og i den grad konvensjonens overvåkinsorganer anvender en dynamisk tolkningsstil er Norge forpliktet til å etterfølge rettsutviklingen.<sup>13</sup>

Graviditetsdiskriminering omfattes av forbudet mot direkte diskriminering i likestillingsloven § 3. Forbudet mot direkte diskriminering omfatter forskjellsbehandling begrunnet i graviditeten, amming og utnyttelse av rettigheter som er forbeholdt mor eller far, jf. § 3 (2) nr. 2. Rettighetene forbeholdt mor som er beskyttet etter denne bestemmelsen er rett til svangerskapspermisjon og fødselspermisjon, og disse rettighetene er hjemlet i arbeidsmiljøloven § 12-2 og § 12-4. Dette utgjør fødselspermisjon 3 uker før fødsel og 6 uker etter fødsel, samt kvinners rett til 12 ukers sykefravær under graviditeten. Rettighetene som er forbeholdt far omhandler rett til omsorgspermisjon etter arbeidsmiljøloven § 12-3 og rett til foreldrepermisjon ved uttak av fedrekvoten etter arbeidsmiljøloven § 12-4, jf. folketrygdloven § 14-12.<sup>14</sup> Forbudet mot diskriminering på dette grunnlag er absolutt og det er ingen rom for unntak.

Forskjellsbehandling begrunnet i foreldrepermisjon av lengre varighet og på grunn av omsorgsansvar og omsorgsoppgaver generelt omfattes av forbudet mot indirekte diskriminering. I praksis så vil de fleste tilfeller av forskjellsbehandling i utgangspunktet bli vurdert etter forbudet mot indirekte diskriminering.<sup>15</sup> Dersom

---

<sup>12</sup> Diskrimineringsombudsloven § 1 tredje ledd.

<sup>13</sup> Hedlund (2008) s. 421.

<sup>14</sup> Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 36 punkt 6.6.2.

<sup>15</sup> *Likestillings- og diskrimineringsrett* (2008) s. 203.



handlingen rammes både av forbudet mot direkte og indirekte diskriminering, eksempelvis forskjellsbehandling på grunn av fødsels- og foreldrepermisjon, så følger det av forarbeidene og Likestillings- og diskrimineringsnemndas praksis at det ikke er nødvendig for håndhevingsorganene å splitte opp argumentasjonen. Man foretar da en drøftelse av om handlingen rammes av forbudet mot indirekte diskriminering.<sup>16</sup> Denne praksisen er svært kritiserbar og ikke i overensstemmelse med EU-retten. Dette vurderes nærmere i punkt 3.2 i avhandlingen.

## 2.2 Hvem er beskyttet som «*gravid arbeidstaker*»?

### 2.2.1 Generelt om arbeidstakerbegrepet

Likestillingsloven § 2 angir lovens virkeområde. Loven gjelder på alle områder i samfunnet. Vernet mot graviditetsdiskriminering har størst praktisk betydning og er særlig strengt innen utdanning og arbeidsliv fordi dette berører særlig viktige rettigheter for kvinner.<sup>17</sup>

Svangerskapsdirektivet verner arbeidstakere som er gravide, nettopp har født eller ammer.<sup>18</sup> Artikkel 2 (a) i svangerskapsdirektivet definerer hvem som er beskyttet som «*gravid arbeidstaker*» etter direktivet:

*«I dette direktiv menes med "gravid arbeidstaker": arbeidstaker som er gravid og som opplyser arbeidsgiveren om sin tilstand i samsvar med nasjonal lovgivning og/eller praksis ...»*

Direktivet beskytter altså gravide kvinner som er i et ansettelsesforhold med en arbeidsgiver, og som har opplyst sin arbeidstaker om graviditeten. EU-rettens arbeidstakerbegrep avgrenses mot selvstendig næringsdrivende og personer som utfører selvstendig oppdrag for en virksomhet.<sup>19</sup> Det stilles krav om at vedkommende i en viss periode utfører arbeid for arbeidsgiver, at vedkommende er under arbeidsgivers instruksjonsmyndighet og at det ytes vederlag for arbeidet som blir utført. Dette ble slått

---

<sup>16</sup> Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 111 punkt 16.1 og blant annet nemndas sak nr. 48/2010.

<sup>17</sup> Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 111 punkt 16.1.

<sup>18</sup> Svangerskapsdirektivet artikkel 2.

<sup>19</sup> For selvstendig næringsdrivende gjelder EP/Rdir 2010/41/EU om gjennomføring av prinsippet om lik handsaming av menn og kvinner som driv sjølvstendig næringsverksemd.

fast i Kiiski-dommen fra EF-domstolen.<sup>20</sup> Denne saken gjaldt en kvinnelig arbeidstaker som hadde fått innvilget 10 måneders foreldrepermisjon for å passe på sitt første barn, men ble gravid for andre gang før hun gikk ut permisjon. Hun ønsket derfor å endre lengden på foreldrepermisjonen for å oppnå stønad under fødselspermisjon med hensyn til den nye graviditeten. Arbeidsgiver avslo søknad om å endre lengden på foreldrepermisjonen. Arbeidstakeren hevdet at dette var ulovlig forskjellsbehandling fordi hun kom i en dårligere stilling grunnet hennes graviditet. En av problemstillingene i saken var klargjøring av innholdet i begrepet «*arbeidstaker*» i svangerskapsdirektivet. Domstolen viste til flere dommer hvor det har blitt foretatt fortolkninger av arbeidstakerbegrepet i forhold til andre direktiver i EU-retten, og disse fortolkningene anvendes analogisk på arbeidstakerbegrepet i svangerskapsdirektivet. Domstolen uttaler:

*«Begrebet må defineres på grundlag af objektive kriterier, som karakteriserer rettigheder og pligter i arbejdsforholdet. Det væsentligste kendetegn ved arbejdsforholdet er, at en person i en vis periode præsterer ydelser mod vederlag for en anden og efter dennes anvisninger.»<sup>21</sup>*

Videre så er det underliggende og reelle forhold mellom partene avgjørende når man skal fastlegge om hvorvidt vedkommende er arbeidstaker i direktivets forstand. Om dette uttaler domstolen:

*«Desuden har Domstolen fastslået, at det forhold, at arbejdsforholdet efter national ret har en sui generis-karakter, ikke er afgørende for arbejdstagerbegrebet i fællesskabsrettens forstand»<sup>22</sup>*

Man må foreta en konkret helhetsvurdering av arbeidsforholdets karakter, og det er irrelevant hvilken stillingstype vedkommende formelt sett har dersom det i realiteten foreligger et ansettelsesforhold. Denne dommen illustrerer også at diskriminering kan skje under selve permisjonen, ikke bare når man er til stede på arbeidsplassen, og at man fortsatt er å anse som en arbeidstaker selv om man er i permisjonsfravær.

---

<sup>20</sup> Sag C-116/06 Sari Kiiski mod Tampereen kaupunki.

<sup>21</sup> Ibid premiss 25.

<sup>22</sup> Ibid premiss 26.

For å være beskyttet etter svangerskapsdirektivet så følger det av artikkel 2 (a) et krav om at arbeidstakeren opplyser arbeidsgiver om graviditeten i samsvar med nasjonal lovgivning og/eller praksis. Det synes derfor som at gravide arbeidstakere ikke er beskyttet etter svangerskapsdirektivet hvis underrettelse om graviditet ikke oppfyller eventuelle formkrav som medlemslandene oppstiller. Ordlyden taler også for at det er arbeidstaker selv som må opplyse arbeidsgiver om graviditeten.<sup>23</sup> EF-domstolen uttalte imidlertid i Danosa-dommen at selv om det er opp til det enkelte medlemsland å gi nærmere bestemmelser om underrettelsen av graviditeten så kan ikke slike bestemmelser føre til at artikkel 10 i svangerskapsdirektivet mister sitt innhold.<sup>24</sup> Domstolen sa:

*«Hvis arbeidsgiveren fik kendskab til arbejdstagerens graviditet uden formelt at være blevet underrettet herom af den pågældende selv, ville det være i strid med formålet og ånden i direktiv 92/85 at fortolke direktivets artikel 2, litra a), indskrænkende og at nægte den omhandlede arbejdstager den beskyttelse mod afskedigelse, der er omhandlet i nævnte artikel 10. »<sup>25</sup>*

En arbeidsgiver kan derfor ikke høres med at eventuelle formelle krav til underrettelse ikke er oppfylt når det gjelder den beskyttelse gravide arbeidstakere har etter direktivet. Det avgjørende er om arbeidsgiver *faktisk* har kjennskap til graviditeten, og måten arbeidsgiver fikk kunnskap om graviditeten er irrelevant.

Etter arbeidsmiljøloven § 15-9 om vern mot oppsigelse for gravide og arbeidstakere i permisjon stilles det ikke formelle krav om å opplyse om graviditet. Det avgjørende etter denne bestemmelsen er om arbeidstaker faktisk er gravid på oppsigelsestidspunktet.

### 2.2.2 Særlig om kunstig befruktning

Kunstig befruktning blir stadig mer utbredt som alternativ metode for å oppnå graviditet. Slik behandling vil gjerne nødvendiggjøre fravær fra jobb som innebærer at

---

<sup>23</sup> Votinius (2007) s. 171.

<sup>24</sup> Sag C-232/09 Dita Danosa mod LKB Lîzings SIA premiss 55.

<sup>25</sup> Ibid premiss 55.

arbeidstaker må opplyse arbeidsgiver om behandlingen hun skal gjennomgå, og at hun potensielt kan bli gravid. Arbeidstaker blir da stilt i en særlig utsatt posisjon. Problemstillingen i denne sammenheng er hvilket tidspunkt i denne prosessen beskyttelsen etter forbudet mot graviditetsdiskriminering inntreffer.

Mayr-dommen gjaldt en kvinne som ble oppsagt i slutfasen av en prøverørsbefruktning.<sup>26</sup> Mellom 8. mars 2005 og 13. mars 2005 var arbeidstakeren sykemeldt. 10. mars fikk arbeidstakeren telefon fra sin arbeidsgiver om at hun var oppsagt med virkning fra 26. mars 2005. Egget var på dette tidspunkt in vitro befruktet, altså at det var befruktet utenfor livmoren. Det befruktede egg skulle plasseres i hennes livmor 13. mars 2005. Spørsmålet i saken var om dette var i strid med svangerskapsdirektivet artikkel 10 om beskyttelse mot oppsigelse for gravide arbeidstakere.

Det domstolen måtte ta stilling til var om kvinnen var å anse som en «*gravid arbeidstaker*» etter artikkel 2 (a) i svangerskapsdirektivet. Domstolen uttalte at for å være vernet etter denne bestemmelsen så må graviditeten ha inntrådt. Dette var ikke tilfellet da de befruktede eggene ennå ikke var satt inn i kvinnens livmor.<sup>27</sup> Domstolen kom frem til at artikkel 10 derfor ikke fikk anvendelse, og at oppsigelsen ikke var i strid med forbudet mot graviditetsdiskriminering. Grunnlaget for denne konklusjonen blir utdypet i generaladvokatens uttalelse. Generaladvokaten uttalte at formålet bak svangerskapsdirektivet er å fremme forbedringen av sikkerheten og helsen til gravide arbeidstakere og at dette henviser til deres fysiologiske tilstand. Denne fysiologiske tilstanden var ennå ikke inntrådt da eggene ikke var satt inn i kvinnens livmor. Generaladvokaten uttalte også at hensikten bak artikkel 10 i direktivet er å hindre at trussel om oppsigelse vil presse arbeidstakeren til frivillig å avbryte sitt svangerskap. Dette formålet gjør seg ikke gjeldende når det ennå ikke er oppstått en graviditet som kan avbrytes.<sup>28</sup> Generaladvokaten sa også at kvinners rett til å forplante seg er særlig beskyttelsesverdig etter EU-retten, og at det dagjeldende likebehandlingsdirektiv hadde

---

<sup>26</sup> Sag C-506/06 Sabine Mayr mod Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG.

<sup>27</sup> Ibid premiss 41 og 53.

<sup>28</sup> Generaladvokatens forslag til avgjørelse premiss 41-42.

et bredere og mer generelt formål enn svangerskapsdirektivet, nemlig å oppnå likhet mellom menn og kvinner i arbeidsmarkedet. Forskjellsbehandling på grunnlag av dette var derfor i strid med formålene bak likebehandlingsdirektivet og utgjorde direkte diskriminering. Generaladvokaten tok imidlertid et visst forbehold når det gjelder beskyttelse av forplantningen. Ikke enhver kvinne i forplantningsdyktig alder, som ønsker å bli gravide, eller som skal gjennomgå en lang og krevende assistert befruktningsprosess vil automatisk være særlig beskyttet etter EU-retten. Det vil imidlertid stride mot diskrimineringsforbudet dersom arbeidsgiver stiller arbeidstaker i en dårligere stilling *som følge av* slike faktorer.<sup>29</sup> Domstolen slo fast at oppsigelsen var i strid med artikkel 2 og 5 i dagjeldende likebehandlingsdirektiv fordi grunnlaget for oppsigelsen i det vesentlige var at kvinnen hadde gjennomgått prøverørsbefruktningsprosess. Slik forskjellsbehandling kan kun ramme kvinner og utgjorde derfor direkte diskriminering.<sup>30</sup> Domstolen uttalte:

*«Følgelig er artikkel 2, stk. 1, og artikkel 5, stk. 1, i direktiv 76/207 til hinder for afskedigelse af en arbejdstager, der under omstændigheder som de i hovedsagen foreliggende befinder sig på et fremskredent stadium af en in vitro-fertilitetsbehandling, dvs. på tidspunktet mellem follikelpunktionen og den umiddelbart herpå følgende opsætning af de in vitro-befrugtede æg i den pågældende arbejdstagers livmoder, for så vidt som det godtgøres, at afskedigelsen i det væsentlige er støttet på den omstændighed, at den berørte har undergået en sådan behandling.»<sup>31</sup>*

Kvinner som er på et «*fremskredent stadium*» av prøverørsbefruktningsprosess er altså beskyttet etter EU-rettens kjønnsdiskrimineringsforbud. Domstolen påpeker at det ikke er tilstrekkelig at egget er befruktet, da befruktede egg kan være nedfrosne i en årrekke. Nøyaktig hva som ligger i «*fremskredet stadium*» er ennå ikke klarlagt, men dette tyder på at kvinner som gjennomgår prøverørsbefruktningsprosess er beskyttet etter diskrimineringsforbudet fra det tidspunkt egget er befruktet dersom innføring av befruktet egg er nært forestående.

---

<sup>29</sup> Ibid 68-70.

<sup>30</sup> Mayr (C-506/06) premiss 50.

<sup>31</sup> Generaladvokatens forslag til avgjørelse premiss 52.

Det kan stilles spørsmål ved domstolens restriktive tolkning av graviditetsdiskrimineringsforbudet i denne saken. Svangerskapsdirektivets formål er å forbedre helsen og sikkerheten på arbeidsplassen for gravide arbeidstakere og arbeidstakere som nylig har født eller som ammer. Prøverørsbefruktningsprosedyrer er noe som har direkte sammenheng med kvinners helse og som kun berører kvinner. Siden slik behandling blir gjennomført med sikte på å oppnå graviditet, vil forskjellsbehandling på grunnlag av dette være begrunnet i et potensielt svangerskap. Som nevnt innledningsvis, så vil arbeidstaker i slike tilfeller være nødt til å opplyse arbeidsgiver om behandlingen før hun blir gravid. Arbeidsgiver blir da klar over at det er store muligheter for at arbeidstakeren blir gravid og dette stiller arbeidstakeren i en særlig sårbar situasjon, særlig når hun på dette tidspunkt ikke er beskyttet av oppsigelsesvernet i svangerskapsdirektivet.

Dommen U.2003.603H fra danske Højesteret gjaldt også oppsigelse på grunn av behandling i forbindelse med kunstig befruktning. En kvinne ble oppsagt etter at hun hadde meddelt arbeidsgiveren at hun måtte være fraværende på grunn av fertilitetsbehandling. Kvinnen hevdet dette var i strid med likebehandlingsloven § 9 som forbyr oppsigelse «*på grund af graviditet*». Arbeidsgiver hevdet på sin side at bestemmelsen ikke kunne komme til anvendelse i dette tilfellet fordi arbeidstakeren ikke var gravid på tidspunktet for oppsigelsen. Højesteret uttalte at formålet med bestemmelsen er å forby forskjellsbehandling som er begrunnet i graviditet og fødselspermisjon, og at forskjellsbehandling av arbeidstaker begrunnet i at vedkommende planlegger å bli gravid derfor er omfattet av bestemmelsen. Højesteret slo altså fast i denne saken at forskjellsbehandlingen på grunn av behandling med sikte på prøverørsbefruktningsprosedyrer var omfattet av forbudet mot graviditetsdiskriminering.

Dom 259/2010 fra Højesteret avsagt 29. mars 2012 gjaldt også oppsigelse i forbindelse med kunstig befruktning. Kvinnen ble oppsagt tre dager etter at det befruktede egget hadde blitt plassert i hennes livmor. Flertallet i domstolen fastslo at det må være mulig å konstatere graviditet for at arbeidstaker skal være beskyttet av oppsigelsesvernet for gravide. Graviditeten var ikke konstaterbar på oppsigelsestidspunktet i denne saken og det var derfor ikke tale om graviditetsdiskriminering. Flertallet foretok en mer restriktiv tolkning av diskrimineringsforbudet i denne saken. Mindretallets oppfatning er at

oppsigelsesvernet gjelder fra det tidspunkt kvinnen forsøker å bli gravid ved kunstig befruktning, og følger den linje som tidligere ble trukket av Høyesteret.

En slik kategorisk vurdering av om en kvinne er gravid som Høyesterets flertall foretar i denne saken er uheldig. Diskrimineringsforbudet skal ikke tolkes restriktivt og kvinner skal tillegges den maksimale formen for beskyttelse mot graviditetsdiskriminering. Som nevnt tidligere, må kvinner som skal gjennomgå kunstig befruktning opplyse arbeidstaker om dette forut for behandlingen. Kvinnene blir særlig utsatt fordi arbeidsgiver da blir klar over at det er muligheter for at arbeidstaker blir gravid. Vernet mot graviditetsdiskriminering bør utstrekkes til å omfatte perioden fra det tidspunkt arbeidstaker opplyser sin arbeidsgiver om at hun skal gjennomgå behandling med sikte på kunstig befruktning.

Dette spørsmålet har ikke vært drøftet av norske domstoler, men etter norsk rett vil forskjellsbehandling på grunnlag av at en arbeidstaker er i en livsfase hvor det er muligheter for at vedkommende vil bli gravid, utgjøre diskriminering i strid med likestillingsloven.<sup>32</sup>

### 2.2.3 Særlig om tilknytningsdiskriminering

Når det gjelder problemstillingen om hvem som er beskyttet etter forbudet mot graviditetsdiskriminering så kan det stilles spørsmål om det kan innfortolkes et vern mot tilknytningsdiskriminering i dette forbudet. Denne problemstillingen har ikke vært oppe i EF-domstolen på kjønnsdiskrimineringens område. Et vern mot tilknytningsdiskriminering vil innebære et vern mot diskriminering på grunnlag av tilknytning til andre eller andre personers egenskaper. I denne sammenhengen vil dette innebære forbud mot diskriminering av personer med tilknytning til kvinner som er gravide eller i graviditetsrelatert permisjon.

---

<sup>32</sup> Hedlund (2008) s. 124.

Problemstillingen om tilknytningsdiskriminering ble vurdert av EF-domstolen i Coleman-dommen.<sup>33</sup> Denne saken gjaldt en kvinne som hevdet seg diskriminert på arbeidsplassen på grunnlag av at hun hadde hovedansvaret for omsorgen for sin handikappede sønn. Kvinnen opplevde mobbing og trakassering i advokatfirmaet hvor hun jobbet, ble behandlet dårligere enn andre ansatte med friske barn og ble til slutt tvunget til å si opp. Kvinnen hevdet at arbeidsgiver hadde handlet i strid med rammedirektiv 2000/78/EF for bekjempelse av diskriminering i arbeidslivet på grunn av religion eller livssyn, funksjonshemming, alder eller seksuell orientering. Et av spørsmålene for domstolen var om direktivet bare beskyttet personer som selv var handikappet, eller om det også ga vern til personer som blir utsatt for forskjellsbehandling grunnet deres tilknytning til personer med handikap.

Domstolen så hen til formålet bak direktivet, som er å forhindre all form for diskriminering i arbeidslivet, herunder på grunnlag av funksjonshemming, og uttalte at direktivets diskrimineringsvern ikke skal fortolkes innskrenkende og således gi vern kun for personer som selv har en funksjonshemming. Formålet med diskrimineringsvernet er å hindre forskjellsbehandling *på grunnlag av funksjonshemming* generelt. Dersom direktivet ble fortolket i motsatt retning ville det føre til at direktivets formål og effektive virkning blir tilsidesatt.<sup>34</sup> Slik tilknytningsdiskriminering var derfor å anse som direkte diskriminering. I Generaladvokatens forslag til avgjørelse påpeker generaladvokaten at ved tilknytningsdiskriminering så er det ikke bare den som blir utsatt for tilknytningsdiskrimineringen som blir krenket. Forskjellsbehandlingen undergraver verdigheten hos personen som innehar egenskapene ved at vedkommende ser at en annen blir utsatt for diskriminering kun på grunn av den tilknytning den forskjellsbehandlede har til vedkommende.<sup>35</sup>

Videre sa domstolen:

---

<sup>33</sup> Sag C-303/06 S. Coleman mod Attridge Law, Steve Law.

<sup>34</sup> Ibid premiss 48-50.

<sup>35</sup> Generaladvokatens forslag til avgjørelse premiss 13.



*«Som allerede anført er virkningen af direktivet den, at arbejdsgiveren ikke må lægge religion, alder, handicap eller seksuel orientering til grund for at behandle nogen ansatte dårligere end andre. En tilsidesættelse heraf ville indebære, at disse personer fik en uretfærdig behandling, og at deres værdighed og selvstændighed ikke blev respekteret. Den omstændighed ændres ikke i tilfælde, hvor den ansatte, der forskelsbehandles, ikke selv er handicappet. Grundlaget for den forskelsbehandling, som vedkommende udsættes for, er fortsatt handicap.»<sup>36</sup>*

Direktivets anvendelsesområde er derfor avhengig av grunnlaget for forskjellsbehandlingen, ikke av hvem som blir forskjellsbehandlet.

Det kan derfor spørres om dette standpunkt kan overføres til saker om graviditetsdiskriminering. Man kan tenke seg tilfeller hvor en kvinne blir syk som følge av fødsel og derfor ikke er i stand til å ta vare på sitt barn. Da må far påta seg hovedansvaret for omsorgen av barnet i perioden hvor mor er syk. Dersom far da blir utsatt for negativ behandling på sin arbeidsplass som følge av sin omsorgsoppgave for barnet grunnet mors sykdom, kan det være tale om tilknytningsdiskriminering. Da vil han bli stilt i en dårligere stilling grunnet partnerens graviditetsrelaterte situasjon. Gode grunner taler for at slike tilfeller bør omfattes av diskrimineringsforbudet. Rettsutviklingen med hensyn til de forskjellige diskrimineringsgrunnlagene i EU-retten vil ha overføringsverdi til hverandre, og derfor er Coleman-saken også relevant i forhold til kjønnsdiskriminering. Dersom en person blir dårligere stilt som følge av sin tilknytning til en som er gravid, er det selve graviditeten som er grunnlaget for forskjellsbehandlingen. Hensynene bak diskrimineringsforbudet gjør seg også gjeldende her. Det vil påføre både den gravide og tilknytningspersonen psykisk og fysisk stress dersom tilknytningspersonen opplever negativ forskjellsbehandling. Forbudet mot graviditetsdiskriminering søker å verne gravide kvinner mot ufordelaktige påkjenninger i sin sårbare situasjon og det vil være nødvendig å skåne både den gravide og personer med tilknytning til vedkommende mot slik forskjellsbehandling.

I Coleman-saken så domstolen hen til formålet bak forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming, som er å bekjempe *all* form for diskriminering på grunn av funksjonshemming i arbeidslivet. Dette innebar da også diskriminering på grunn av

---

<sup>36</sup> Ibid premiss 22.

andres funksjonshemming.<sup>37</sup> Det overordnede formål bak likestillingsdirektivet er å fremme likestilling mellom kjønnene i arbeidslivet og avskaffe all diskriminering på grunnlag av kjønn. I tillegg skal ikke diskrimineringsforbudet tolkes restriktivt. Tilknytningsdiskriminering i relasjon til graviditetsdiskriminering vil være begrunnet i graviditet eller graviditetsrelatert fravær, og man kan derfor si at det burde henføres under forbudet mot graviditetsdiskriminering.

Det danske Ligebehandlingsnævnets sak nr. 174/2011 er relevant i forhold til tilknytningsdiskriminering ved graviditet.<sup>38</sup> Her var spørsmålet om det forelå diskriminering på grunn av kjønn i forbindelse med at en arbeidstaker ble oppsagt umiddelbart etter at han hadde opplyst arbeidsgiver om at hans kjæreste var i ferd med å føde. Arbeidstaker var ansatt som drosjesjåfør, og opplyste sin arbeidsgiver at han ikke kunne komme på jobb til avtalt tid fordi kjæresten var i ferd med å føde samme dag. Like etterpå mottok drosjesjåføren oppsigelse via SMS. Ligebehandlingsnævnet slo fast at dette var i strid med § 9 i likebehandlingsloven som oppstiller et forbud mot oppsigelse under graviditet og fødselspermisjon. Ligebehandlingsnævnet uttalte at den tidsmessige nærhet mellom tidspunktet for når arbeidsgiver fikk opplysninger om den forestående fødsel og den etterfølgende oppsigelse ga grunn til å tro at oppsigelsen var begrunnet i fødsel og muligheten for at arbeidstaker ville gå ut i fødselspermisjon. Ligebehandlingsnævnet sa altså denne i saken at oppsigelsen var begrunnet i arbeidstakers egne permisjonsrettigheter, men kjærestens graviditet var i realiteten en del av grunnlaget for diskrimineringen. Man kan derfor si at det forelå en form for tilknytningsdiskriminering i dette tilfellet.

For at forbudet mot graviditetsdiskriminering skal gi et effektivt vern så burde tilknytningsdiskriminering omfattes av forbudet. Man kan for eksempel tenke seg en situasjon hvor en mannlig arbeidstaker i en ansettelsesprosess opplyser arbeidsgiver om at partneren er gravid. Dersom arbeidsgiver ikke ansetter vedkommende på grunn av graviditeten vil dette være en form for graviditetsdiskriminering på grunn av den

---

<sup>37</sup> Coleman (C-303/06) premiss 48.

<sup>38</sup> Ligebehandlingsnævnet er klageorganet for likestillings- og diskrimineringssaker i Danmark. Se nærmere om dette i Andersen (2008) s. 271 flg.

tilknytningen vedkommende har til den gravide. Hensynene bak diskrimineringsforbudet gjør seg gjeldene også i slike tilfeller. Etter min mening bør det på bakgrunn av dette innfortolkes et utvidet vern i forbudet mot graviditetsdiskriminering.

### **3 Ansettelse**

#### **3.1 Generelt om diskrimineringsvernet ved ansettelse**

I det følgende skal det redegjøres for forbudet mot graviditetsdiskriminering ved ansettelse. Jeg skal også særskilt drøfte beskyttelsesvernet for gravide ved ansettelse i midlertidig stillinger. Mange saker om graviditetsdiskriminering som blir innklaget hos Likestillings- og diskrimineringsnemnda gjelder kvinner som mener seg forbigått i ansettelsesprosessen på grunn av graviditet, og slik forskjellsbehandling berører særlig viktige rettigheter for kvinner.<sup>39</sup> Ansettelse før fødsel har blant annet betydning for opptjening av trygderettigheter og fødselspenger. Dersom en kvinne har vært ansatt over en viss periode vil hun også ha rett til full lønn under permisjonstiden utover det hun mottar fra folketrygden. Ansettelse har betydning for opparbeidelse av ansiennitet som igjen har betydning for lønnsnivå, mulighet til forfremmelse og rett til fast stilling. Adgang til ansettelse har også betydning for opparbeidelse av pensjonsrettigheter.<sup>40</sup>

Diskriminering på grunn av graviditet og permisjon ved ansettelser er forbudt etter likestillingsloven § 4, jf. § 3. Både direkte og indirekte diskriminering er i utgangspunktet forbudt. § 4 har ingen selvstendig betydning uavhengig av generalklausulen i § 3, men er en konkretisering og presisering av forbudet i forhold til situasjoner hvor det er ansett som særlig viktig at kvinners rettigheter ivaretas.<sup>41</sup> Forbudet mot graviditetsdiskriminering i forbindelse med ansettelse utledes fra artikkel 14 nr. 1 (a) i det nye likestillingsdirektivet. Her heter det:

---

<sup>39</sup> Se blant annet nemndas sak nr. 5/2011, nr. 13/2009, nr. 6/2008 og nr. 5/2006.

<sup>40</sup> *Diskriminerings- og likestillingsrett* (2008) s. 204.

<sup>41</sup> Vigerust (1998) s. 176-177.

*«Der må i den offentlige eller den private sektor, herunder offentlige organer, ikke finde direkte eller indirekte forskelsbehandling sted på grund af køn, for så vidt angår vilkårene for adgang til lønnet beskæftigelse ... og erhvervsmæssig beskæftigelse, herunder udvælgelseskriterier og ansettelsesvilkår, uanset branche og uanset niveau i erhvervshierarkiet ... »*

Denne artikkelen omfatter da direkte og indirekte diskriminering og har samme anvendelsesområde som likestillingsloven § 4, jf. § 3.

Diskrimineringsforbudet innebærer at en arbeidsgiver ikke har lov til å legge vekt på at en arbeidstaker er gravid i en ansettelsesprosess. Forbudet gjelder alle deler av ansettelsesprosessen. Det vil si både saksbehandlingen, innstillingen og den endelige avgjørelsen.<sup>42</sup> I Likestillings og diskrimineringsnemndas sak nr. 3/2009 var spørsmålet om det forelå ulovlig forskjellsbehandling da en gravid arbeidssøker ikke ble innkalt til andregangsintervju. Nemnda slo her fast at diskrimineringsforbudet gjelder hele ansettelsesprosessen, ikke bare det endelige valg om hvem som skal tilsettes. Nemnda kom til at kvinnen ble stilt i en dårligere stilling enn hun ellers ville blitt på grunn av graviditeten ved at hun ikke ble innkalt til andregangsintervju.

Arbeidsgiver kan ikke legge vekt på graviditet ved utvelgelsen av flere arbeidstakere, og det vil være ulovlig forskjellsbehandling å la være å ansette noen i en stilling fordi den eneste søkeren er gravid.<sup>43</sup> I prinsippet vil også en handling rammes av diskrimineringsforbudet dersom forskjellsbehandlingen er begrunnet i at vedkommende er i en livsfase hvor det kan være grunn til å regne med at hun vil bli gravid.<sup>44</sup> Dette kan da utgjøre kryssdiskriminering da både kjønn og alder er grunnlaget for forskjellsbehandlingen.<sup>45</sup> Dette var spørsmålet i nemndas sak nr. 7/2009. En kvinne hevdet seg forskjellsbehandlet på grunnlag av at hun var i en alder og livssituasjon hvor det var mulighet for graviditet og fødselspermisjon. Kvinnen på 28 år søkte på en

---

<sup>42</sup> Ibid s. 253. Se også nemndas sak nr. 35/2009.

<sup>43</sup> *Diskriminerings- og likestillingsrett* (2008) s. 203. Se også nemndas sak nr. 6/2007.

<sup>44</sup> Hedlund (2008) s. 124.

<sup>45</sup> Kryssdiskriminering er definert som forskjellsbehandling basert på flere diskrimineringsgrunnlag. Se mer om dette i *Diskriminerings- og likestillingsrett* (1998) s. 49.

stilling som kontorleder i en forening. Hun opplyste at hun var samboer og hadde ett barn. Stillingen ble imidlertid tilbudt en annen kvinne på henholdsvis 49 år. I denne konkrete saken fant nemda at det ikke forelå omstendigheter som ga grunn til å tro at det forelå forskjellsbehandling, men dette illustrerer problemstillingen om forskjellsbehandling kvinner i mellom. Det er altså ikke et krav om sammenlikningsperson av det annet kjønn ved vurderingen av om det foreligger ulovlig forskjellsbehandling. Det ville svekke diskrimineringsvernet i virksomheter hvor det ikke finnes ansatte av det motsatte kjønn i sammenliknbare stillinger. I tillegg er det ikke krav om samtidighet for å kunne fastslå forskjellsbehandling. Man kan sammenlikne en aktuell arbeidstakers stilling med sin forgjengers stilling ved vurderingen av om det foreligger ulovlig forskjellsbehandling. Et eksempel på dette kan være hvor en kvinnelig ansatt får mindre lønn enn sin mannlige forgjenger. Det er heller ikke et krav om en *konkret* sammenlikningsperson. Som tidligere nevnt, vil det utgjøre ulovlig forskjellsbehandling å la være å ansette i det hele tatt dersom den eneste søkeren er gravid og avslaget er begrunnet i graviditeten.<sup>46</sup>

Forbudet mot diskriminering innebærer at arbeidsgiver ikke kan rettferdiggjøre forskjellsbehandling av en gravid arbeidssøkende på grunnlag av at det vil påføre virksomheten økonomiske byrder å ansette henne. Dette ble for første gang slått fast av EF-domstolen i Dekker-dommen.<sup>47</sup> Saken gjaldt en arbeidsgiver som nektet å ansette en gravid arbeidstaker på grunn av de skadelige økonomiske konsekvenser det ville ha for virksomheten, til tross for at kvinnen var ansett som den best kvalifiserte. Etter nasjonale regler måtte arbeidsgiver betale kvinnen dagpenger i permisjonstiden og under eventuelt sykefravær uten å få dette refundert. Domstolen fastslo at forbigåelse ved ansettelse på grunn av økonomiske konsekvenser som følge av graviditet er noe som kun rammer kvinner og derfor utgjør dette direkte forskjellsbehandling.<sup>48</sup> Dette har blitt fulgt opp i flere saker.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 30 punkt 6.1.7.

<sup>47</sup> Dekker (C-177/88).

<sup>48</sup> Generaladvokatens forslag til avgjørelse premiss 25.

<sup>49</sup> Se blant annet Sag C-109/00 Tele Danmark A/S mod Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark (HK) som mandatar for Marianne Brandt-Nielsen.

### 3.2 Særlig om diskrimineringsvernet ved midlertidig ansettelse

Det følger av forarbeidene til likestillingsloven at dersom det er tale om en midlertidig stilling, hvor vikaren kun kan fungere i stillingen i en begrenset periode og det kan påvises betydelige økonomiske og praktiske konsekvenser for arbeidsgiver, så åpnes det for at forskjellsbehandling begrunnet i permisjonsfravær kan være lovlig.<sup>50</sup> Denne oppfatningen er imidlertid ikke i tråd med EU-retten.

Tidligere rettspraksis fra EF-domstolen kan synes å åpne for en slik adgang. Dommene Habermann-Beltermann, Webb og Mahlburg gjaldt diskriminering av gravide kvinner fordi de ikke kunne utføre de arbeidsoppgaver som fulgte med stillingen på grunn av graviditet.<sup>51</sup> Alle sakene gjaldt faste ansettelser, og domstolen argumenterte med at det var kun i en begrenset periode kvinnene var avskåret fra å utføre arbeidsoppgavene, sett hen i forhold til arbeidsforholdets varighet. Dette talte da for at det forelå et skille mellom midlertidige stillinger og faste stillinger.

Denne tolkningen har imidlertid blitt avvist av EF-domstolen i senere saker. Tele Danmark-dommen gjaldt en kvinne som ble midlertidig ansatt som vikar i bedriften Tele Danmark for en periode på 6 måneder.<sup>52</sup> Kvinnen var gravid før ansettelse, men opplyste ikke om dette før etter inngåelse av ansettelseskontrakt. Arbeidsgiver ville si opp kvinnen delvis på grunn av at permisjonsfravær ville føre til at hun ikke kunne arbeide i vesentlige deler av ansettelsesperioden. Arbeidsgiver anførte at slik oppsigelse ikke ville være i strid med EU-retten når det er tale om et tidsbegrenset ansettelsesforhold, og viste til tidligere rettspraksis fra EF-domstolen som støtte for sitt syn. Domstolen slo imidlertid fast at det ikke blir sondret mellom tidsbegrensete og ikke

---

<sup>50</sup> Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 111 punkt 16.1.

<sup>51</sup> Sag C-421/92 Gabriele Habermann-Beltermann mod Arbeiterwohlfahrt Bezirksverband Ndb./Opf. eV., sag C-32/93 Carole Louise Webb mod Emo Air Cargo (UK) Ltd. og sag C-207/98 Silke-Karin Mahlburg mod Land Mecklenburg-Vorpommern.

<sup>52</sup> Tele Danmark (C-109/00).

tidsbegrensede ansettelsesforhold verken i EU-retten eller i EF-domstolens praksis, og at begge typer ansettelsesforhold omfattes av diskrimineringsforbudet i like stor grad.<sup>53</sup> EF-domstolen uttalte:

*«Eftersom afskedigelse af en arbeidstager på grund af graviditet er direkte forskelsbehandling på grundlag av køn, uanset arten og omfanget af det økonomiske tab, arbejdsgiveren lider som følge af fraværet i forbindelse med graviditeten, er det uden betydning for afskedigelsens karakter af forskelsbehandling, om arbejdsaftalen er indgået for et bestemt eller ubestemt tidsrum. I begge tilfælde skyldes det graviditeten, at den ansatte ikke er i stand til at opfylde arbejdsaftalen.»* (Egen utheving).

I denne dommen stadfestet altså domstolen at forbudet mot diskriminering gjelder like fullt overfor midlertidig ansatte som fast ansatte. Domstolen sa også at dersom hensikten var å utelukke midlertidig ansatte, som utgjør en betydelig del av ansettelsesforholdene, fra direktivenes anvendelsesområde så ville dette ha vært uttrykkelig gjennomført i direktivene.<sup>54</sup> Dersom kvinner skal bli sikret en reell beskyttelse mot graviditetsdiskriminering, må begge ansettelsestyper ha like sterkt vern etter diskrimineringsforbudet.

Til tross for at EF-domstolen har slått fast at midlertidig ansatte har like sterkt vern mot diskriminering som faste ansatte, ble skillet mellom disse typer ansettelsesforhold videreført i norsk rett da diskrimineringsvernet i likestillingsloven ble skjerpet ved lovendring i 2002. Når det gjelder forskjellsbehandling av gravide ved midlertidig ansettelser uttales det i forarbeidene:

*«Tungtveiende grunner kan for eksempel være hvis det er tale om forbigående ved ansettelse til en reell midlertidig, kortvarig stilling der søkeren bare kan fungere i stillingen en mindre del av ansettelsesperioden, og det kan påvises betydelige praktiske eller økonomiske problemer knyttet til å ansette og lære opp en vikar.»*<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> Ibid premiss 31.

<sup>54</sup> Ibid premiss 33.

<sup>55</sup> Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 111 punkt 16.1.

Det er kun når det er tale om indirekte forskjellsbehandling ved lengre permisjonsfravær at det er åpnet for en snever unntaksadgang for å legge vekt på dette. Men det følger at EF-domstolens praksis at det vil være i strid med EU-retten å opprettholde skillet mellom midlertidig ansatte og fast ansatte. Er forskjellsbehandlingen begrunnet i graviditets- og fødselsrelaterte forhold vil dette utgjøre forskjellsbehandling i strid med diskrimineringsforbudet og dette gjør seg gjeldende uavhengig av stillingstype.

Likestillings- og diskrimineringsnemnda har imidlertid i flere saker henvist til forarbeidene til likestillingsloven og foretatt en interesseavveining for om det i visse unntakstilfeller kan legges vekt på arbeidstakers permisjonsfravær. I nemndas sak nr. 3/2005 gjaldt en kvinne som ble tilbudt en midlertidig stilling som prosjektleder. Arbeidsgiver trakk imidlertid tilbake ansettelsestilbudet da det ble kjent at arbeidstaker ikke kunne tiltre stillingen så tidlig som ønsket grunnet fødselspermisjon. Arbeidsgiver hevdet at det forelå bristende forutsetninger når arbeidstaker ikke kunne tiltre på ønsket tidspunkt, og at det ville påføre virksomheten ulemper å ansette en vikar i perioden arbeidstaker var i permisjon. Nemnda vurderte forskjellsbehandlingen etter forbudet mot indirekte diskriminering og foretok en interesseavveining av arbeidstakers interesser i den aktuelle stillingen og arbeidsgivers ulemper ved at arbeidstaker er fraværende. I denne saken var ikke ulempene store nok til at de rettfærdiggjorde forskjellsbehandling, men dette viser at nemnda åpner for at det i visse tilfeller ved midlertidig stillinger er adgang til å legge vekt på fødselsrelatert permisjon. Denne unntaksadgangen er snever, men den er ikke i tråd med EU-rettens diskrimineringsforbud. I Tele Danmark uttalte domstolen:

*«... må det fastslås, at der ikke i direktiv 76/207 og direktiv 98/85 foretages nogen sontring på grundlag af ansættelsesforholdets varighed i henseende til rækkevidden af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder. Hvis fællesskabslovgiver havde villet udelukke tidsbestemte aftaler, som udgør en betydelig del af ansættelsesforholdene, fra de nævnte direktivers anvendelsesområde, ville det have været anført udtrykkelig.»<sup>56</sup>*

---

<sup>56</sup> Tele Danmark (C-109/00) premiss 31.



Generaladvokaten påpekte i sin uttalelse til Tele Danmark-saken at dersom det ble sondret mellom midlertidig ansatte og fast ansatte ville dette føre til at EU-rettens diskrimineringsforbud vil miste sin effektive virkning, og vil føre til at arbeidsgivere oppfordres til å benytte seg av tidsbegrensede avtaler fordi beskyttelsesnivået for kvinnelig ansatte vil være redusert dersom det åpnes for at man kan legge vekt på permisjonsfravær. Dette er en uheldig konsekvens som domstolen vil unngå.<sup>57</sup> Et annet spørsmål som ble forelagt domstolen i denne saken var om det var av betydning at arbeidstakeren var ansatt i en meget stor virksomhet som hyppig anvender vikaransettelser. Domstolen sa at direktivene ikke sonderer mellom større og mindre virksomheter og at dette ikke har noen betydning for rettighetene som følger av direktivene. Slike ytre omstendigheter har ingen betydning for vernet mot diskriminering.<sup>58</sup>

Det har gjentatte ganger blitt slått fast av EF-domstolen at forbudet mot graviditetsdiskriminering utgjør direkte diskriminering og forbudet er absolutt. Dersom en person kommer i en dårligere stilling som følge av graviditet eller fødselspermisjon vil dette alltid være i strid med EU-rettens diskrimineringsforbud, og dette gjelder ethvert ansettelsesforhold.

Likestillings- og diskrimineringsombudets rapport over klagesaker fra 2007-2010 viser at unntaksbestemmelsen ved indirekte diskriminering i likestillingsloven § 3 (4) svært sjelden kommer til anvendelse ved forskjellsbehandling på grunn av graviditet og foreldrepermisjon.<sup>59</sup> I kun to av 51 saker om diskriminering på grunn av graviditet og permisjon innklaget i denne perioden ble forskjellsbehandlingen ansett som saklig og derfor ikke rettstridig.<sup>60</sup> Det er ikke et eneste eksempel fra denne perioden på at ombudet har tillatt å legge vekt på permisjonsfravær ved midlertidig stillinger hvor

---

<sup>57</sup> Generaladvokatens uttalelse premiss 28.

<sup>58</sup> Tele Danmark (C-109/00) premiss 37.

<sup>59</sup> Likestillings- og diskrimineringsombudet *LDOs klagesaker 2007-2010 for utvalgte diskrimineringsgrunnlag og områder* (2011) s. 30.

<sup>60</sup> Sak 08/908 som omhandlet utbetaling av resultatbasert bonus ved foreldrepermisjon, og sak 09/2038 om inndragelse av firmabil/firmatelefon under foreldrepermisjon. Forskjellsbehandling ved utbetaling av resultatbasert bonus av arbeidstakere i fødsels- og foreldrepermisjon vurderes nærmere i punkt 6.

søkeren bare kan fungere i stillingen en mindre del av ansettelsesperioden. Imidlertid blir det i slike saker stadig vurdert om ulempene som arbeidstakers fravær vil påføre arbeidsgiver kan rettferdiggjøre forskjellsbehandling. Dette vitner om en oppfatning om at det i særlige tilfeller, hvor arbeidsgiver vil bli påført store negative konsekvenser, så kan det være tillatt å legge vekt på arbeidstakers permisjonsfravær. Denne oppfatningen er ikke i tråd med EU-retten. Som tidligere nevnt, skilles det ikke mellom typer av ansettelsesforhold når det gjelder forbudet mot graviditetsdiskriminering. Forskjellsbehandling begrunnet i graviditet eller fødselspermisjon er i alle tilfeller i strid med loven og diskrimineringsforbudet er absolutt.

## **4 Oppsigelse**

### **4.1 Generelt om diskrimineringsvernet ved oppsigelse**

I det følgende skal det redegjøres for forbudet mot graviditetsdiskriminering ved oppsigelse. Svangerskapsdirektivet oppstiller et særskilt vern mot oppsigelse for arbeidstakere som er gravide eller som er i fødselspermisjon.<sup>61</sup> Oppsigelsesvernet er begrunnet i risikoen for hvordan en oppsigelse av arbeidstakere som er gravide, nettopp har født eller ammer kan påvirke deres fysiske og psykiske tilstand, og særlig den alvorlige risiko for at de kan påvirkes til frivillig å avbryte svangerskapet.<sup>62</sup> Jeg skal også særskilt omtale problemstillinger knyttet til graviditetsrelatert sykefravær, og redegjøre for oppsigelsesvernet for gravide arbeidstakere og arbeidstakere i permisjon i arbeidsmiljøloven.

Likestillingsloven § 4 (2), jf. § 3, oppstiller et forbud mot diskriminering på grunn av graviditet og fødselspermisjon ved oppsigelser. Artikkel 11 (2) (a) i FNs kvinnekonvensjon pålegger medlemsstatene å innføre straffesanksjonerte forbud mot oppsigelse på grunn av graviditet og fødselspermisjon. Forbudet mot graviditetsdiskriminering ved oppsigelse følger også av artikkel 2 nr. 2 (c) i

---

<sup>61</sup> Rdir 92/85/EØF artikkel 10.

<sup>62</sup> Se blant annen Webb (C-32/93) og Tele Danmark (C-109/00).

likestillingsdirektivet som henviser til svangerskapsdirektivet. Artikkel 10 nr. 1 i svangerskapsdirektivet pålegger medlemsstatene å innføre forbud mot å si opp gravide arbeidstakere i perioden fra graviditetens inntreden til utløpet av fødselspermisjonen. Her er det tale om den permisjonstiden som arbeidstaker har krav på i medhold av artikkel 8 nr. 1.<sup>63</sup>

Oppsigelsesvernet er imidlertid ikke absolutt. Det følger av artikkel 10 nr. 1 i svangerskapsdirektivet:

*«Medlemsstatene skal treffe de nødvendige tiltak for å forby oppsigelse av arbeidstakere ... med unntak for særlige tilfeller uten sammenheng med nevnte arbeidstakers tilstand hvor oppsigelsen er tillatt ifølge nasjonal lovgivning og/eller praksis...»*

Svangerskapsdirektivet åpner altså for at gravide arbeidstakere kan sies opp i særlige tilfeller dersom oppsigelsen ikke er begrunnet i selve graviditeten eller fravær ved fødselspermisjon. Oppsigelse som ikke har noen årsakssammenheng med graviditeten vil derfor ikke være i strid med forbudet mot graviditetsdiskriminering. Dette følger også av likestillingsloven § 4 (2), jf. § 3, og arbeidsmiljøloven § 15-9, se punkt 4.2. Man kan på bakgrunn av dette si at gravide arbeidstakers oppsigelsesvern er ufullstendig. En arbeidstakers graviditet er noe en arbeidsgiver uansett bør ta i betraktning ved beslutning om oppsigelse, selv om oppsigelsen er saklig begrunnet. En oppsigelse under graviditet er noe som kan ramme arbeidstaker ekstra hardt både fysisk og psykisk så formålet bak beskyttelsesvernet for gravide tilsier at dette bør tillegges vekt ved beslutning om oppsigelse.<sup>64</sup> Det må presiseres at det er fullt lovlig å si opp en gravid arbeidstaker på saklig grunnlag, men det kan spørres om det burde innføres et fullstendig forbud mot oppsigelse av gravide. Gravide kvinner vil ha større vanskeligheter med å anskaffe ny jobb og det vil være en ekstra påkjenning å måtte gjennomgå denne prosessen i en slik sårbar situasjon.

Vernet mot å bli oppsagt gjelder både oppsigelser som mottas i den beskyttede perioden og mot oppsigelser som er besluttet eller planlagt i denne perioden. Dette ble slått fast

---

<sup>63</sup> 14 uker før og/eller etter fødsel.

<sup>64</sup> Tele Danmark (C-109/00) premiss 26.

av EF-domstolen i Paquay-saken.<sup>65</sup> Denne saken gjaldt en kvinne som ble gravid og som gikk ut fødselspermisjon. Etter nasjonal rett var kvinnen beskyttet mot oppsigelse fra graviditetens inntreden til én måned etter utløpet av fødselspermisjonen. Arbeidstaker mottok oppsigelse etter utløpet av beskyttelsesperioden, men arbeidsgiver hadde besluttet å si opp arbeidstakeren og utførte konkrete tiltak med sikte på en ny ansettelse mens arbeidstaker var i permisjon. Kvinnen hevdet dette var i strid med artikkel 10 i svangerskapsdirektivet. Domstolen var enig i dette og slo fast at dette var i strid med diskrimineringsforbudet og formålet bak gravides oppsigelsesvern.<sup>66</sup> Hadde slik oppsigelse vært tillatt så ville det uthule oppsigelsesvernet som svangerskapsdirektivet oppstiller.<sup>67</sup>

Et ansettelsesforhold kan ikke lovlig bringes til opphør på grunnlag av at graviditeten eller graviditets- og fødselsrelatert fravær er en bristende forutsetning for ansettelsesavtalen og avtalen således er ugyldig. Dette ble slått fast av EF-domstolen i Habermann-Beltermann-saken. Her ble en kvinne ansatt som nattvakt på et pleiehjem. Hun fant ut at hun var gravid og et lovfestet forbud i nasjonal rett hindret henne fra å utføre nattarbeid under graviditeten. Arbeidsgiver hevdet derfor at det forelå bristende forutsetninger og at avtalen på grunn av dette var ugyldig. Domstolen uttalte at hvorvidt en arbeidstaker blir oppsagt eller ansettelsesforholdet blir begjært ugyldig er irrelevant, da virkningen uansett blir at arbeidstaker blir stående uten arbeid.<sup>68</sup> Oppsigelsen var begrunnet i graviditeten og utgjorde direkte diskriminering.

Tele Danmark gjaldt også oppsigelse av gravid arbeidstaker hvor arbeidsgiver hevdet at det forelå bristende forutsetninger for arbeidsavtalen. Som tidligere nevnt, så ble en arbeidstaker sagt opp fordi hun var gravid ved ansettelse, noe hun ikke hadde opplyst om, og dette førte til at hun ikke kunne arbeide deler av ansettelsestiden. Arbeidsgiver hevdet at det ikke var graviditeten som lå til grunn for oppsigelsen, men det faktum at hun ikke kunne utføre vesentlige deler av ansettelseskontrakten. Om dette uttaler

---

<sup>65</sup> Sag C-460/06 Nadine Paquay mod Société d'architectes Hoet + Minne SPRL.

<sup>66</sup> Ibid premiss 38.

<sup>67</sup> Ibid premiss 33-35.

<sup>68</sup> *Diskriminerings- og likestillingsrett* (2008) s. 209.

generaladvokaten i sin uttalelse at det for arbeidsgiver nødvendigvis er en vesentlig betingelse for oppfyllelse av ansettelseskontrakten at arbeidstaker er i jobb, men at gravide arbeidstakers beskyttelse mot diskriminering ikke kan være avhengig av om det er nødvendig for driften av virksomheten at arbeidstaker er tilstede. En slik tolkning ville føre til at graviditet, som alltid innebærer et kortere eller lengre etterfølgende fravær, rettmessig kan begrunne oppsigelse. Dette ville føre til at EU-rettens diskrimineringsforbud ikke får effektiv virkning.<sup>69</sup>

Innenfor visse bransjer er det virksomheter som i stor grad benytter seg av vikariater av ulik lengde, hvor praksisen er at arbeidstakerne ofte får forlenget vikariatene etter som de utløper. Praksis viser at det finnes flere tilfeller hvor arbeidstakere som blir gravide ikke får forlenget vikariatet sitt når arbeidsgiver blir gjort oppmerksom på graviditeten. Et spørsmål i denne sammenheng er om dette kan likestilles med oppsigelse og at arbeidstakere således er beskyttet etter oppsigelsesvernet i svangerskapsdirektivet. Dette var et av vurderingstemaene i saken Melgar fra EF-domstolen, som gjaldt en kvinne som ble ansatt i kommunen i juni 1998 i medhold av en tidsbestemt arbeidsavtale.<sup>70</sup> Denne arbeidsavtalen ble fornyet to ganger. Ingen av avtalene hadde fastsatt utløpsdato. 3. mai 1999 fornyet arbeidstakeren og kommunen arbeidsavtalen og inngikk en fjerde tidsbestemt avtale. 12. mai mottok arbeidstakeren et brev fra kommunene hvor det ble opplyst om at arbeidsavtalen opphørte 2. juni, og at partene skulle møtes med sikte på å få i stand en ny arbeidsavtale. I mellomtiden hadde kommunen mottatt opplysninger om at arbeidstaker var blitt gravid. Arbeidstaker hevdet at det var i strid med det dagjeldende likebehandlingsdirektiv og svangerskapsdirektivet å bringe ansettelsesforholdet til opphør, og nektet å inngå en ny arbeidsavtale. Kvinnen krevde at den tidligere arbeidsavtalen ble fornyet og at hun ble gjeninnsatt i sin tidligere stilling.

Domstolen uttalte at unnlattelse av å fornye en tidsbestemt avtale ved dens normale opphør ikke kan sammenlignes med oppsigelse og er derfor ikke i strid med artikkel 10 i svangerskapsdirektivet. Bestemmelsen fikk ikke anvendelse i et slikt tilfelle. Som tidligere nevnt så må det foreligge et ansettelsesforhold til grunn for at

---

<sup>69</sup> Generaladvokatens forslag til avgjørelse premiss 35-36.

<sup>70</sup> Sag C-438/99 Maria Luisa Jiménez Melgar mot Ayuntamiento de Los Barrios.

svangerskapsdirektivet skal gjelde, da det er et krav om at vedkommende er «arbeidstaker» i direktivets forstand. Imidlertid kan unnlatelse av å fornye en tidsbestemt avtale betraktes som avslag på ansettelse. Domstolen sa at det å nekte å ansette en arbeidstaker på grunnlag av at hun er gravid utgjør direkte diskriminering, og var i strid med artikkel 2 nr. 1 og 3 nr. 1 i det dagjeldende likebehandlingsdirektiv.<sup>71</sup>

Et annet spørsmål i Melgar-saken var hvorvidt artikkel 10 i svangerskapsdirektivet skulle forstås slik at medlemsstatene var pliktig til å oppstille konkret hvilke situasjoner som tillot oppsigelse av kvinner som er gravide, nettopp har født eller ammer. Til dette konstaterte domstolen at det ikke var et krav etter svangerskapsdirektivet å oppstille lovlige grunner for oppsigelse, men at dette ikke hindret medlemsstatene å innføre høyere beskyttelsesnivå for gravide kvinner gjennom å innføre slike bestemmelser.<sup>72</sup>

Etter dette foreligger det ikke et krav om spesielle kvalifiserte grunner for å si opp en kvinne som er gravid, nettopp har født eller ammer. En oppsigelse rammes ikke av diskrimineringsforbudet så lenge grunnlaget for oppsigelsen ikke har sammenheng med arbeidstakerens tilstand. Et eksempel på dette er Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak nr. 47/2010. Denne saken gjelder manglende fornyelse av vikariat, men drøftelsen som nemnda foretar er også relevant i forhold til oppsigelse. Saken gjaldt en kvinne som var midlertidig tilsatt i en virksomhet gjennom et vikarbyrå. Arbeidskontrakten ble fornyet i omganger på 3 måneder. Etter å ha jobbet i virksomheten i 6 måneder ble kvinnen gravid og informerte arbeidsgiver om sin graviditet. Arbeidskontrakten ble fornyet med ytterligere 3 måneder, men den ble ikke fornyet utover dette. Kvinnen hevdet at manglende fornyelse var begrunnet i hennes graviditet og at hun var utsatt for ulovlig forskjellsbehandling. Arbeidsgiver hevdet på sin side at manglende fornyelse av vikariatet var begrunnet i virksomhetens forhold. Arbeidsgiver hadde fire arbeidstakere i svangerskapspermisjon som skulle komme tilbake til jobb ved utløpet av kvinnens vikariat. Virksomheten var også nødt til å nedbemanne som følge av endringer i kundeforhold og redusert arbeidsmengde. Virksomhetens behov varierte også fra måned til måned, noe som var grunnen til at den

---

<sup>71</sup> Ibid premiss 45-47.

<sup>72</sup> Ibid premiss 37.

i stor grad benyttet seg av vikariater fremfor fast ansettelse. Nemnda slo fast at manglende fornyelse ikke var begrunnet i graviditeten, men i virksomhetens forhold, og det forelå således ikke ulovlig forskjellsbehandling. Denne saken illustrerer at gravide arbeidstakere ikke er beskyttet mot negative handlinger fra arbeidsgivers side som er saklig begrunnet i virksomhetens forhold og som ikke har sammenheng med arbeidstakerens tilstand.

#### 4.2 Særlig om graviditetsrelatert sykefravær

Et spørsmål som har vært oppe i EF-domstolen flere ganger er om graviditetsrelatert fravær og ordinært sykefravær er sammenlignbare situasjoner. Graviditet og fødsel kan føre til særlige komplikasjoner som medfører sykefravær, og vurderingstemaet er om det er i strid med diskrimineringsforbudet å behandle graviditetsrelatert sykefravær på lik linje med ordinært sykefravær.

Brown-dommen fra EF-domstolen gjaldt en kvinne som ble sagt opp som følge av at hun hadde hatt sykefravær grunnet graviditet.<sup>73</sup> Det fulgte av arbeidsavtalen at dersom en arbeidstaker hadde uavbrutt fravær i et bestemt antall uker så hadde arbeidsgiver rett til å si opp arbeidstakeren. Kvinnen påsto hun var utsatt for graviditetsdiskriminering i strid med artikkel 2, nr. 1 og artikkel 5, nr. 1 i dagjeldende likebehandlingsdirektiv. Arbeidsgiveren hevdet at siden bestemmelsen i arbeidsavtalen gjaldt uansett kjønn så var dette ikke kjønnsdiskriminerende og at graviditetsrelatert sykefravær måtte sammenlignes med ordinært sykefravær. Domstolen var uenig i dette. Sykefravær som skyldes graviditet er noe som kun rammer kvinner og derfor vil oppsigelse på grunn av dette være direkte kjønnsdiskriminering. Domstolen slo fast at graviditetsrelatert sykefravær og vanlig sykefravær ikke er sammenlignbare situasjoner og det skal ikke settes likhetstegn ved dette. Selv om bestemmelsen i arbeidsavtalen rammet sykefravær for begge kjønn, så er graviditetsrelatert sykefravær i en særstilling. Å være gravid er

---

<sup>73</sup> Sag C-394/96 Mary Brown mod Rentokil Ltd.

noe unikt som det ikke finnes noen paralleller til.<sup>74</sup> En slik bestemmelse i arbeidsavtalen vil derfor være i strid med forbudet mot direkte diskriminering.

Når det gjelder lengden på beskyttelsesperioden, sa domstolen at diskrimineringsforbudet gjelder sykdomsfravær fra graviditetens inntreden til utløpet av permisjonsfraværet som gravide har rett til etter svangerskapsdirektivet artikkel 8 nr. 1.<sup>75</sup> Domstolen foretar en sontring her. Oppsigelse begrunnet i sykdomsfravær som følge av sykdom oppstått under graviditet og fødsel og som vedvarer under graviditeten og fødselspermisjonen, vil rammes av forbudet mot direkte forskjellsbehandling. Fravær på grunn av sykdom som følge av graviditet eller fødsel etter fødselspermisjonens utløp skal imidlertid likestilles med ordinært sykefravær. Oppsigelse på grunnlag av dette vil ikke utgjøre direkte forskjellsbehandling så fremt det medfølger like konsekvenser for begge kjønn for sykefraværet.<sup>76</sup>

Etter min mening tolker domstolen forbudet mot graviditetsdiskriminering restriktivt i denne saken. Både graviditet og fødsel kan medføre omfattende komplikasjoner som kan kreve sykefravær utover fødselspermisjonens lengde. Kvinner som må være i sykefravær utover fødselspermisjon er derfor særlig utsatt. Etter norsk rett har kvinner rett til 6 uker fødselspermisjon etter fødselen, noe som innebærer en svært kort beskyttelsesperiode dersom en kvinne opplever komplikasjoner i forbindelse med graviditet eller fødsel. På den annen side så kan graviditets- og fødselsrelatert sykdom vise seg lenge etter permisjonens utløp og det ville være urimelig dersom kvinner var beskyttet mot oppsigelse på dette grunnlag hele sin yrkeskarriere såfremt sykdommen kan spores tilbake til graviditet eller fødsel. På et eller annet tidspunkt må sykdomsfraværet likestilles med ordinært sykefravær, men etter min mening er den beskyttelsesperiode som EF-domstolen har oppstilt for kort.

Forskjellsbehandling ved oppsigelse på grunnlag av graviditetsrelatert sykefravær vil rammes av likestillingsloven § 4, jf. § 3. Dette følger av forarbeidene til

---

<sup>74</sup> Se også Webb (C-32/93) premiss 25.

<sup>75</sup> Brown (C-394/96) premiss 26-27.

<sup>76</sup> Generaladvokatens forslag til uttalelse premiss 35–39. Se også Hertz (C-179/88) premiss 16.



likestillingsloven.<sup>77</sup> Praksis fra Likestillings- og diskrimineringsnemnda støtter også dette. I sak nr. 24/2006 gjaldt en kvinne som ikke kunne møte opp til ny eksamen hun tidligere strøk på fordi hun var innlagt på sykehus grunnet fødsel. Kvinnen ba om ny eksamen, men dette ble avslått av universitetet. Hun måtte ta ny eksamen neste semester og konsekvensene av dette var at hennes studieprogresjon ble utsatt med ett år. Studenter som hadde møtt opp til andre eksamen, men strøk for andre gang fikk mulighet til å fortsette ordinært studieløp og eksaminere til ordinær tid. Kvinnen hevdet seg ulovlig forskjellsbehandlet på grunnlag av fødsel. Universitetet hevdet på sin side at reglementet rundt avlegging av ny eksamen rammet menn og kvinner likt. Dersom en mannlig student hadde vært innlagt på sykehus ville han blitt behandlet på samme måte. Nemnda uttalte at ordinært sykefravær og fravær begrunnet i fødsel ikke kan sammenliknes, og at fravær på grunn av fødsel er gitt særskilt vern. Det ble slått fast at universitetets manglende tilrettelegging av utsatt eksamen ved fødsel var i strid med forbudet mot direkte diskriminering.

#### 4.3 Særlig om arbeidsmiljøloven § 15-9

Oppsigelsesvernet for gravide og arbeidstakere i permisjon følger også uttrykkelig av arbeidsmiljøloven § 15-9. Første ledd regulerer oppsigelsesvernet under graviditeten og andre ledd regulerer oppsigelsesvernet ved utnyttelse av lovbestemt permisjonstid i forbindelse med svangerskap og fødsel.

Arbeidsmiljøloven § 15-9 (1) regulerer arbeidsgivers adgang til å si opp gravide arbeidstakere. Det er i utgangspunktet ikke forbudt å si opp en gravid arbeidstaker. I bestemmelsen heter det at «*arbeidstaker som er gravid kan ikke av den grunn sies opp*». Dette innebærer at forbudet retter seg mot oppsigelse på grunn av graviditeten. Gravide arbeidstakere kan sies opp når oppsigelsen er saklig begrunnet i driftsinnskrenkninger eller rasjonaliseringstiltak.<sup>78</sup> En arbeidstaker som blir gravid etter at oppsigelse fant sted er ikke vernet etter arbeidsmiljøloven § 15-9 (1).<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 36 punkt 6.6.2.

<sup>78</sup> *Diskriminerings- og likestillingsrett* (2008) s. 209.

<sup>79</sup> Dege (1997) s. 403.

Når det gjelder tidspunktet for når oppsigelsesvernet inntreffer, er det avgjørende om arbeidstaker var gravid på tidspunktet for oppsigelsen. Det er ikke et krav om at arbeidstakeren selv kjente til sin egen graviditet på oppsigelsestidspunktet, og arbeidstaker har heller ingen opplysningsplikt om egen graviditet. Oppsigelsesvernet gjelder under hele graviditeten.

Etter § 15-9 (2) så kan ikke en arbeidstaker som er fraværende etter reglene i arbeidsmiljøloven §§ 12-2, 12-3, 12-4 eller 12-15 (1) sies opp «*med virkning i fraværperioden*». Dette innebærer at oppsigelsesfrister og søksmålsfrister forskyves til utløpet av permisjonstiden. Fristene begynner å løpe fra første dag etter at permisjonen er utløpt.<sup>80</sup>

Som tidligere nevnt, så gjelder § 12-2 i arbeidsmiljøloven permisjon under svangerskapet, og gravid arbeidstaker har rett til 12 ukers permisjon etter denne bestemmelsen. § 12-3 gjelder omsorgspermisjon for far eller noen som bistår moren i forbindelse med fødselen. § 12-4 gjelder fødselspermisjon og oppstiller et påbud til mor om å ha 6 ukers permisjon etter fødsel har funnet sted, og § 12-5 (1) gir foreldrene rett til foreldrepermisjon i inntil ett år til sammen, medregnet fravær etter § 12-2 og § 12-4.

Betingelsen for at man er vernet etter § 15-9 (2) er at arbeidsgiver er klar over at fraværet skyldes slik permisjon, eller gir beskjed uten unødig opphold om at dette er grunnen til fraværet.<sup>81</sup>

Oppsigelsesvernet etter § 15-9 (2) er absolutt slik at oppsigelse *uansett begrunnelse* er forbudt i permisjonsperioden. Det vil si at oppsigelsesfristen ikke begynner å løpe i denne perioden og forskyves til utløpet av permisjonstiden. Dette skiller seg fra oppsigelsesvernet under graviditet i § 15-9 (1) som ikke hindrer oppsigelse av andre grunner enn graviditet. Er det imidlertid tale om graviditetsrelatert sykefravær så gjelder det absolutte oppsigelsesvernet, jf. § 12-2.<sup>82</sup> Hensynet bak dette er at når arbeidsgiver

---

<sup>80</sup> Dege (2009) s. 1128-1129.

<sup>81</sup> Ot. prp. nr. 41 (1975-1976) kap VIII s. 77.

<sup>82</sup> *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 276-277.

ikke er til stede på arbeidsplassen, så har ikke vedkommende mulighet til å påvirke prosessen eller ivareta sine interesser.

Arbeidsmiljøloven § 15-9 er ikke til hinder for at arbeidstaker *mottar* gyldig oppsigelse under fraværet, men oppsigelsesfristen begynner ikke å løpe i permisjonstiden.<sup>83</sup> Er imidlertid oppsigelsen begrunnet i fravær etter de nevnte regler så vil oppsigelsen bli ansett som usaklig og dermed ikke gyldig.<sup>84</sup>

Blir en arbeidstaker oppsagt etter at vedkommende har varslet om forestående benyttelse av permisjonsrettighetene, men før arbeidstaker går ut i permisjon så gjelder ikke oppsigelsesvernet, jf. «*i fraværsperioden*» i § 15-9 (2) første punktum. Dette forutsetter at oppsigelsesgrunnen ikke har sammenheng med graviditeten eller permisjonsfraværet. Arbeidstaker har en varslingsplikt overfor arbeidsgiver før vedkommende går ut i permisjon. Hovedregelen er at det skal varsles så fort som mulig, men det gjelder særlige frister for når arbeidstaker senest skal varsle. Ved fravær utover to uker må arbeidstaker varsle én uke i forveien, ved fravær utover tolv uker må det varsles fire uker i forveien og ved fravær utover ett år må det varsles tolv uker i forveien, jf. § 12-7.

Ved lengre fødselspermisjon er det altså en periode på fire uker hvor arbeidstaker fortsatt er i jobb, men hvor arbeidsgiver er klar over at vedkommende vil være fraværende i en lengre periode grunnet graviditet og fødsel. Her gjelder ikke oppsigelsesvernet etter arbeidsmiljøloven, jf. ovenfor. Dersom vedkommende blir oppsagt i denne perioden og det er grunn til å tro at det har sammenheng med graviditet og fødsel, vil likestillingslovens diskrimineringsforbud kunne komme til anvendelse.

Det absolutte oppsigelsesvernet opphører etter ett år, jf. «*inntil ett år*» i § 15-9 (2).<sup>85</sup>

---

<sup>83</sup> Ot. prp. nr. 41 (1975-1976) kap VIII s. 77.

<sup>84</sup> Ibid.

<sup>85</sup> Ot. prp. nr. 50 (1993-1994) s. 205 punkt 14.4.

## 5 Opplysningsplikt

I det følgende skal det redegjøres for noen særlige problemstillinger knyttet til opplysningsplikt ved graviditet. Det foreligger ingen opplysningsplikt om graviditet ved ansettelse, og arbeidsgiver har heller ikke lov til å spørre om familieplanlegging. Etter lovendring i 2010 ble det lovfestet at spørsmål om dette utgjør direkte diskriminering.<sup>86</sup> Allikevel risikerer kvinner å bli spurt om dette i ansettelsesprosessen og må da ta foreta det vanskelige valget om de skal lyve, la være å svare eller være ærlige.<sup>87</sup> Etter ansettelse har arbeidstaker imidlertid en varslingsplikt om forestående permisjonsfravær, og denne varslingsplikten er begrunnet i arbeidsgivers innrettelsesbehov.

Likestillingsloven § 4 (3) presiserer at spørsmål om graviditet, adopsjon og familieplanlegging i en ansettelsesprosess er forbudt. Dette er ansett som direkte diskriminering, jf. § 3 (2) nr. 2 siste punktum. Det er heller ikke tillatt å stille arbeidstaker spørsmål om dette for så å gi vedkommende mulighet til å la være å svare. Dette ville sette arbeidstaker i en kinkig situasjon, da arbeidstaker ofte vil føle seg presset til å svare av frykt for å gi et dårlig inntrykk hos en potensiell arbeidsgiver. Dette har også betydning i forhold til bevisbyrdereglene.<sup>88</sup> Dersom en kvinne frivillig opplyser om sin graviditet så kan det være vanskelig å bevise at det har blitt lagt vekt på dette i en ansettelsessituasjon. Dette gjør seg særlig gjeldende hvor det er flere søkere og flere av dem er like godt kvalifiserte til stillingen. Et eksempel på dette er Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak nr. 19/2006 som gjaldt en kvinne som hevdet seg forbigått ved tilsetting som lærervikar grunnet graviditet. Kvinnen hevdet at hun hadde fått tilbud om jobb i en telefonsamtale, men at dette hadde blitt trukket tilbake da hun opplyste om sin graviditet. Arbeidsgiver hevdet på sin side at kvinnen ikke hadde mottatt noe tilbud, og at han heller ikke hadde gitt uttrykk for å ha vektlagt graviditeten ved tilsettingen. Det var derfor påstand mot påstand. Nemnda kom frem til at det ikke forelå omstendigheter som ga grunn til å tro at det hadde skjedd ulovlig forskjellsbehandling. Det kunne ikke klargjøres hva som hadde blitt uttalt i

---

<sup>86</sup> Ot. prp. nr. 79 (2008-2009) s. 62 punkt 11.2.3.

<sup>87</sup> Gyberg (2011) s. 17.

<sup>88</sup> Dette drøftes nærmere i punkt 7 i avhandlingen.

telefonsamtalene og derfor kunne ikke kvinnen vise til ytre holdepunkter for at hennes graviditet hadde blitt vektlagt i tilsettingsprosessen. Hun fikk derfor ikke medhold.

Som nevnt innledningsvis i avhandlingen, gjaldt 128 saker som ble innklaget til Likestillings- og diskrimineringsombudet i tidsrommet 2007-2011 diskriminering på grunn av graviditet eller foreldrepermisjon. I 93 av disse ga ombudet uttalelse, hvor det i 64 av sakene ble konstatert brudd på likestillingsloven. Antallet veiledningssaker for ombudet er enda større. 845 veiledningssaker i samme tidsrom gjaldt saker om forskjellsbehandling ved graviditet og foreldrepermisjon.<sup>89</sup> Som man kan se så mottar ombudet et stort antall henvendelser om graviditets- og permisjonsdiskriminering, noe som vitner om at slik forskjellsbehandling er utbredt i arbeidslivet, til tross for den strenge lovgivningen. Realiteten er at det i mange tilfeller vil bli lagt vekt på graviditeten ved utvelgelsen av arbeidstakere ved ansettelse, og dette kan være vanskelig å bevise for den gravide arbeidssøkeren. Mange kvinner føler også en viss lojalitet overfor arbeidsgiver. Det kan oppleves ubehagelig å skjule graviditeten for så å opplyse om den etter at ansettelsesavtale er inngått. Mange ønsker å være oppriktige og legge alle kortene på bordet fra første stund for å slippe ubehageligheter senere. Men det vil være mest hensiktsmessig for kvinner å la være å opplyse om sin egen graviditet ved en eventuell ansettelse.

I dommen *Tele Danmark* ble det slått fast at det ikke foreligger noen opplysningsplikt vedrørende graviditet forut for ansettelse. Arbeidsgiver hevdet i denne saken at det var et brudd på den lojalitetsplikt som foreligger mellom en arbeidsgiver og arbeidstaker at arbeidstaker ikke hadde opplyst om sin graviditet før inngåelse av ansettelsesavtale. Domstolen slo imidlertid fast at når det utgjør ulovlig forskjellsbehandling å legge vekt på graviditet ved ansettelse, så foreligger det heller ingen opplysningsplikt for arbeidstakere å informere om graviditet.<sup>90</sup> Dersom en kvinne allikevel opplever å få direkte spørsmål om graviditet i en ansettelsesprosess, vil det ikke innebære bristende

---

<sup>89</sup> Likestillings- og diskrimineringsombudet *Klage- og veiledningssaker: Graviditet og foreldrepermisjon 2007-2011* (2011).

<sup>90</sup> *Tele Danmark* (C-109/00) premiss 24.

forutsetninger for ansettelsesavtalen dersom kvinnen lyver om sin graviditet.<sup>91</sup> Og praksis viser at det er tilrådelig at hun ikke opplyser om graviditeten.

Det foreligger altså ingen opplysningsplikt forut for ansettelsen, men det foreligger varslingsplikt om forestående permisjonsfravær etter at man er ansatt. Etter arbeidsmiljøloven § 12-7 så skal arbeidstaker si ifra til arbeidsgiver senest et gitt antall uker forut for permisjonsfravær. Hvor mange uker i forveien avhenger av lengden på permisjonsfraværet, jf. ovenfor om oppsigelse. Dersom fristene oversittes så kan de kreves tilsvarende forskjøvet av arbeidsgiver. Dette innebærer at permisjonen må utsettes. Varslingsplikten er begrunnet i at arbeidsgiver trenger tid på å tilrettelegge arbeidsforholdene på arbeidsplassen for den tiden arbeidstaker skal være fraværende i permisjon. Dette kan innebære ansettelse og opplæring av vikar og omstrukturering av arbeidsoppgaver. Dersom grunnen til at fristen er oversittet er forhold som arbeidstaker ikke hadde kjennskap til ved fristens utløp, medfører ikke dette forskyving av permisjonen. Dette er begrunnet i at det ved svangerskap og fødsel kan skje uforutsette ting, slik som sykdom hos mor eller barn, som kan medføre endringer i planlagt permisjon.<sup>92</sup>

## **6 Endring av arbeidsvilkår**

I det følgende redegjøres det for forskjellsbehandling ved endring av arbeidsvilkår. Selv om oppgavens tema er graviditetsdiskriminering, så omhandler det følgende både forskjellsbehandling på grunn av graviditet og forskjellsbehandling på grunn av foreldrepermisjon. Dette fordi forskjellsbehandling ved endring av arbeidsvilkår ofte knytter seg til permisjonsfravær utover selve graviditeten. Forskjellsbehandling ved endring av arbeidsvilkår er et omfattende tema så jeg har valgt å knytte problemstillingen mot noen utvalgte situasjoner. Disse situasjonene er forskjellsbehandling ved endrede lønnsvilkår, omplassering på grunn av graviditet, endring av permisjon og endrede arbeidsoppgaver.

---

<sup>91</sup> *Jura & Historie* (2003) s. 281.

<sup>92</sup> Haugedal (2012) note 3.

Likestillingslovens diskrimineringsforbud innebærer at arbeidstakers arbeidsvilkår ikke skal svekkes som følge av graviditet eller utnyttelse av permisjonsrettigheter. Dette omfatter lønn, fordeling av arbeidsoppgaver og alle andre sider ved et ansettelsesforhold.<sup>93</sup> Artikkel 11 (2) (b) i FNs kvinnekonvensjon pålegger medlemsstatene å innføre svangerskapspermisjon med lønn eller sosiale ytelser, uten at dette fører til tap av stilling, ansiennitet eller sosiale bidrag. I tillegg følger det av artikkel 15 i det nye likestillingsdirektivet at ved utløpet av svangerskaps- og fødselspermisjon så skal en kvinne ha:

*«ret til at vende tilbake til det samme eller tilsvarende arbejde med betingelser og vilkår, som ikke er mindre gunstige for hende, og til at nyde godt af enhver forbedring i arbejdsvilkårene, som hun ville have været berettiget til under sit fravær».*

Videre følger det av EUs direktiv om rammeavtale om foreldrepermisjon § 5 (1):

*«Ved orlovens ophør har arbejdstagerne ret til at vende tilbage til den samme stilling, eller, hvis dette ikke er muligt, til en tilsvarende eller lignende stilling i overensstemmelse med deres ansættelseskontrakt eller ansættelsesforhold.»<sup>94</sup>*

Videre følger det av § 5 (2):

*«Erhvervede rettigheder eller rettigheder, som arbejdstageren er i færd med at erhverve på tidspunktet for forældreorlovens ikrafttræden, opretholdes uændret, indtil forældreorloven ophører. Ved orlovens ophør gælder disse rettigheder med eventuelle ændringer som følge af national ret, kollektive overenskomster og/eller gældende praksis.»*

I § 5 (4) heter det:

*«For at sikre, at arbejdstagerne kan udøve deres ret til forældreorlov, træffer medlemsstaterne og/eller arbejdsmarkedets parter de foranstaltninger, der er nødvendige for at beskytte arbejdstagerne*

---

<sup>93</sup> Meld. St. nr. 6 (2010–2011) punkt 10.3.1.

<sup>94</sup> Offisiell norsk oversettelse finnes ikke.

*mod mindre gunstig behandling ... som følge af ansøgning om forældreorlov eller som følge af selve orloven ...»*

Disse bestemmelsene er en kodifisering av EF-domstolens rettspraksis. Etter endt permisjon har arbeidstaker altså rett til å vende tilbake til samme eller tilsvarende arbeid og fortsette sin karrieremessige utvikling uavhengig av permisjonsfraværet.<sup>95</sup> Arbeidstaker har også krav på å nyte godt av eventuelle forbedringer i arbeidsvilkår som finner sted under permisjonstiden. Dette har de største praktiske konsekvenser for endringer i lønnsvilkår.

Diskrimineringsvernet setter bare grenser for arbeidsgivers adgang til å foreta omdisponeringer, omplassering og lignende *på grunn av* foreldrepermisjonen. Disse reglene begrenser ikke arbeidsgivers adgang til å gjøre endringer som ikke har sammenheng med arbeidstakers foreldrepermisjon og som er i tråd med arbeidsavtalen som ligger til grunn for ansettelsesforholdet.<sup>96</sup>

Et spørsmål som har vært oppe flere ganger i EF-domstolen er hvor stor grad permisjonsfravær kan vektlegges når det gjelder lønnsvilkår, både under permisjonen og etter endt permisjon. Artikkel 11 nr. 2 og 3 i svangerskapsdirektivet bestemmer at under permisjonen skal arbeidstakers rettigheter i følge arbeidsavtalen ivaretas og arbeidstaker har krav på opprettholdelse av lønn og/eller passende ytelse. Artikkel 11 nr. 3 bestemmer at ytelsen er «*passende*» dersom den garanterer en inntekt som er minst like stor som den som arbeidstakeren ville motta i tilfelle avbrudd i arbeidsforholdet på grunn av hennes helsetilstand. Kommisjonen har i forbindelse med svangerskapsdirektivets artikkel 11 nr. 2 og 3 gjort gjeldende at henvisningen til sykefravær ikke på noen måte betyr at sykdom og graviditet og fødsel likestilles. Formålet med denne henvisningen er å ha et referansebeløp for fastsettelse av minstebeløp for ytelse ved svangerskap og fødsel.<sup>97</sup> I tillegg så har EF-domstolen ved flere anledninger uttalt at medlemslandene har en skjønnsmargin når det gjelder størrelsen på lønn som arbeidstakere i permisjon har krav på, men

---

<sup>95</sup> Nemndas sak nr. 22/2006.

<sup>96</sup> Meld. St. nr 6 (2010–2011) punkt 10.3.1.

<sup>97</sup> Kommisjonen og Rådets erklæring av 19. oktober 1992.



svangerskapsdirektivets formål om å beskytte kvinnelige arbeidstakere før og etter fødselen ikke må undergraves ved fastleggingen av lønnsnivået.<sup>98</sup> FNs kvinnekomite har uttalt at medlemsstatene har en skjønnsmargin også etter kvinnekonvensjonen når det gjelder størrelsen på den ytelse kvinner har krav på under svangerskapspermisjon.<sup>99</sup>

Arbeidstakere som er i permisjon har krav på å nyte godt av fordeler som følger stillingen som sådan. Generelle tillegg etter sentrale forhandlinger og generelle påskjønnelser fra arbeidsgiver skal arbeidstakere i permisjonsfravær omfattes av. Dette ble slått fast av EF-domstolen i Gillespie.<sup>100</sup> Denne saken gjaldt to kvinner i fødselspermisjon som ikke nøyte godt av lønnsøkning som fant sted før kvinnene gikk ut i fødselspermisjon ved at lønnsforhøyelsen ikke ble medregnet i beregningsgrunnlaget for kvinnenenes lønn under fødselspermisjon. Beregningsgrunnlaget var en referanseperiode som utgjorde de to siste lønninger som hadde blitt utbetalt før den 15. uke før forventet nedkomst. Referanseperioden er den lønnsperiode som legges til grunn for beregning av lønn under permisjon. Etter referanseperioden ble det fremforhandlet lønnsforhøyelser med tilbakevirkende kraft, men denne lønnsforhøyelse ble altså ikke med i beregningsgrunnlaget for lønn under permisjonen. Kvinnene hevdet at de var blitt utsatt for forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn i strid med blant annet likebehandlingsprinsippet i dagjeldende likebehandlingsdirektiv. Domstolen sa at på grunn av at kvinnene ville ha mottatt lønnsforhøyelse dersom de ikke hadde vært i fødselspermisjon, så streid dette mot prinsippet om likelønn i EU-retten. Domstolen uttaler i premiss 22:

*«Naar den ydelse, der udbetales under barselsorloven, svarer til en ugeløn, der beregnes paa grundlag af den gennemsnitsløn, den kvindelige arbejdstager har oppebaaret paa et givet tidspunkt, hvor hun arbejdede normalt, og som er blevet udbetalt hende uge efter uge som til enhver anden arbejdstager, kraever princippet om forbud mod forskelsbehandling, at den kvindelige arbejdstager, som stadig er knyttet til arbejdsgiveren gennem arbejdsaftalen eller arbejdsforholdet under*

---

<sup>98</sup> Se blant annet Sag C-342/96 Joan Gillespie m.fl. mod Northern Health Services Boards, Department m.fl. premiss 20.

<sup>99</sup> Communication no. 3/2004. Det er her tale om den ytelse kvinner har krav på i medhold av artikkel 11 (2) (b) i kvinnekonvensjonen.

<sup>100</sup> Gillespie (C-342/96).

*barselsorloven, ligesom enhver anden arbejdstager, endog med tilbagevirkende kraft, nyder godt af en lønforhøjelse, som er sket mellem begyndelsen af den periode, referencelønnen omfatter, og slutningen af barselsorloven. At udelukke den kvindelige arbejdstager fra en saadan forhøjelse under hendes barselsorlov ville nemlig være en forskelsbehandling af hende alene i hendes egenskab af arbejdstager, eftersom hun ville have modtaget den højere løn, hvis hun ikke havde været gravid.»*

Videre uttaler domstolen at arbeidstaker ikke har krav på full lønn under permisjonen og EU-retten oppstiller ikke spesifikke kriterier for beregning av lønn, men ytelsene kan ikke være i en slik størrelsesorden at den undergraver fødselspermisjonens formål om å beskytte kvinnelige arbeidstakere før og etter fødselen. Ved bedømmelsen av størrelsen på ytelsen skal man foreta en helhetsvurdering av blant annet permisjonens varighet og hvilke andre sosiale stønader arbeidstaker mottar som følge av fraværet.<sup>101</sup>

I Alabaster-saken fastslo EF-domstolen at arbeidstakere i fødselspermisjon har krav på å nyte godt av enhver lønnsforhøyelse som finner sted mellom begynnelsen på referanseperioden og permisjonens utløp.<sup>102</sup>

Arbeidstakere i permisjon har også krav på å fremme krav under lokale lønnsforhandlinger. Ved slike lønnsforhandlinger vil det ofte legges vekt på innsatsen det siste året, og det vil utgjøre direkte diskriminering å legge vekt på permisjon forbeholdt det ene kjønn, og indirekte diskriminering dersom det er tale om lengre permisjonsfravær.<sup>103</sup> Dette innebærer at unntaksbestemmelsen i likestillingsloven § 3 (3) kan komme til anvendelse ved vektlegging av permisjon av lengre varighet. Dette var tilfellet i sak nr. 22/2004 i Klagenemnda for likestilling, som gjaldt en kvinne som var ansatt som spesialpsykolog ved et sykehus og som hadde gått ut i fødselspermisjon. Kvinnen ble utelukket fra å delta i to lønnsforhandlinger mens hun var i permisjon fordi sykehuset mente det ikke forelå tilstrekkelig vurderingsgrunnlag på grunn av at hennes fravær. Kvinnen hevdet dette var i strid med forbudet mot ulovlig forskjellsbehandling. Nemnda kom frem til at det utgjorde indirekte diskriminering å utelukke kvinnen fra lønnsamtalene, og det ble vurdert om unntaksbestemmelsen i likestillingsloven § 3 (3)

---

<sup>101</sup> Ibid premiss 20.

<sup>102</sup> Sag C-147/02 Michelle K. Alabaster mod Woolwich plc og Secretary of State for Social Security.

<sup>103</sup> Diskriminerings- og likestillingsrett (2008) s. 208.

kom til anvendelse. Ved denne vurderingen uttalte nemnda at manglende vurderingsgrunnlag som skyldes foreldrepermisjon, i likhet med annen permisjon, kan være et saklig grunnlag i vurderingen av tilleggslønn i lokale forhandlinger. Ved den første lønnsamtalen hadde kvinnen vært i jobb i tilnærmet et år siden siste lønnsoppgjør, så det var uforholdsmessig og lite rimelig å utelukke kvinnen fra denne samtalen. Dette var derfor i strid med likestillingsloven. Når det gjaldt den andre samtalen så kom nemnda frem til at fordi kvinnen hadde vært i permisjon i hele tidsperioden som lå til grunn for en vurdering av eventuell tilleggslønn, så hadde det ikke funnet sted ulovlig forskjellsbehandling i strid med likestillingsloven. Nemnda mente at utelukkelsen var saklig begrunnet fordi arbeidsgiver ikke hadde vurderingsgrunnlag for eventuell tilleggslønn på grunn av permisjonsfraværet.

Det kan spørres om dette er i tråd med diskrimineringsforbudet. Det er en sontring mellom forskjellsbehandling på grunn av fødselspermisjon og forskjellsbehandling på grunn av foreldrepermisjon. Forskjellsbehandling på grunn av fødselspermisjon utgjør i alle tilfeller direkte diskriminering og det er ingen rom for unntak fra dette forbudet. Når det gjelder forskjellsbehandling på grunn av foreldrepermisjon så rammes dette av forbudet mot indirekte diskriminering, og det er rom for unntak. Dette innebærer at forskjellsbehandling begrunnet i fødselspermisjon, som rammes av forbudet mot graviditetsdiskriminering, i realiteten vurderes som indirekte diskriminering. Likestillings- og diskriminerings ombudets og Likestillings- og diskrimineringsnemndas praksis på dette området vil derfor være problematisk i forhold til forbudet mot graviditetsdiskriminering. EF-domstolen fastslo i Thibault-saken at det strider mot forbudet mot direkte diskriminering å legge vekt på fødselspermisjon når det gjelder endring av arbeidstakers arbeidsvilkår. Denne saken gjaldt en kvinne som fikk avslag på å bli faglig vurdert med sikte på forfremmelse fordi hun ikke oppfylte et vilkår i selskapets standardvedtekter om at arbeidstakere måtte ha vært tilstede på jobb i minst 6 måneder av det året som vurderingen skulle foretas.<sup>104</sup> Etter sykefravær og fødselspermisjon hadde kvinnen kun vært til stede på arbeid i til sammen 5 måneder det aktuelle året. Hun oppfylte derfor ikke vilkåret i vedtektene og ble derfor nektet faglig

---

<sup>104</sup> Sag C-136/95 Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS) mod Evelyne Thibault.

vurdering. Kvinnen hevdet dette var diskriminering på grunn av kjønn i strid med dagjeldende likebehandlingsdirektiv fordi hun gikk glipp av muligheten til forfremmelse på grunnlag av at hun var i fødselspermisjon. Domstolen var enig i dette. En kvinne som på grunn av fødselspermisjon får svekkede arbeidsvilkår ved å bli fratatt retten til å bli faglig vurdert med tanke på forfremmelse utgjør direkte diskriminering.

Generaladvokaten påpeker også at sykefravær ikke kan sammenlignes med permisjonsfravær da dette er to ulike situasjoner. Lik behandling av slike situasjoner vil derfor utgjøre ulovlig forskjellsbehandling. Arbeidsgiver hadde derfor ikke anledning til å ta med permisjonsfraværet i beregningen av kvinnens effektive arbeidsperiode.<sup>105</sup> I Lewen-dommen fra EF-domstolen, som gjaldt en kvinne som ikke mottok julegratiale for det år hun hadde vært i permisjon, fastslo domstolen også at det utgjorde direkte diskriminering å legge vekt på fravær ved fødselspermisjon.<sup>106</sup>

Ombudets og nemndas praksis med å vurdere forskjellsbehandling på grunn av fødselspermisjon etter forbudet mot indirekte diskriminering strider derfor mot EU-retten.

Når det gjelder utbetaling av bonus som følge av resultatorientert arbeid så vil det heller ikke etter ombudets og nemndas praksis nødvendigvis utgjøre ulovlig forskjellsbehandling å legge vekt på permisjonsfravær. Arbeidsgiver kan i følge praksis utbetale bonus på bakgrunn av den tiden arbeidstaker faktisk har vært i arbeid.<sup>107</sup> Men arbeidstakere i foreldrepermisjon kan ikke behandles dårligere enn arbeidstakere som er fraværende av andre grunner. Blir det utbetalt resultatorientert bonus til personer som har sykefravær, vil også personer i foreldrepermisjon ha krav på slik bonus.<sup>108</sup> Et eksempel på dette er ombudets sak 10/517. Denne saken gjaldt to kvinner som ikke fikk utbetalt kollektiv bonus for det foregående år fordi de hadde vært fraværende på grunn av graviditetsrelatert sykdom og foreldrepermisjon. Andre ansatte som kun hadde vært

---

<sup>105</sup> Generaladvokatens forslag til avgjørelse premiss 32.

<sup>106</sup> Sag C-33/97 Susanne Lewen mod Lothar Denda.

<sup>107</sup> Likestillings- og diskrimineringsombudet. *Lønn*. (2011).

<sup>108</sup> Likestillings- og diskrimineringsombudets sak 11/210-2011.

på jobb én dag dette året, men ellers hadde vært fraværende av andre grunner, fikk imidlertid utbetalt bonus. Kvinnene hevdet at de var blitt utsatt for ulovlig forskjellsbehandling. Arbeidsgiver hevdet på sin side at bonusen var resultatbasert og søkte å berømme ansatte for innsatsen de hadde lagt ned dette året. Det var derfor ikke i strid med likestillingsloven at kvinnene som hadde vært i permisjon ble avskåret fra å få utbetalt bonus. Ombudet viser til ombudets tidligere praksis og uttaler at arbeidsgivers ønske om å utbetale bonus for å berømme innsatsen til arbeidstakerne i utgangspunktet er en saklig begrunnelse for ikke å utbetale bonus til arbeidstakere som ikke har vært i jobb i det hele tatt, også personer i foreldrepermisjon. I dette tilfellet anså ombudet det ikke for saklig begrunnet å holde ansatte i foreldrepermisjon utenfor bonusordninger når ansatte som kun hadde vært i jobb én dag fikk utbetalt bonus. Disse personene hadde bidratt til virksomhetens resultat i minimal grad dette året. Det forelå derfor forskjellsbehandling i strid med likestillingsloven å utelukke kvinnene fra bonusordningen.

Det foreligger ikke noe krav om sammenlikningsperson ved vurderingen av om det foreligger ulovlig forskjellsbehandling, men dette er et eksempel på at man benytter sammenlikningsperson som bevismessig støtte for at det forelå diskriminering i strid med likestillingsloven.

Det kan reises tvil om utelukkelse av arbeidstakere i permisjon ved bonusordninger er i tråd med diskrimineringsforbudet. Kvinnelige arbeidstakere tar i de aller fleste tilfeller ut lengre foreldrepermisjon enn mannlige arbeidstakere. Ifølge Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet tar mødrene i gjennomsnitt ut 85 prosent av foreldrepengedagene.<sup>109</sup> Dette vil i realiteten innebære at det er kvinner som i all hovedsak vil bli rammet av denne praksisen. Allikevel så har EF-domstolen slått fast at arbeidsgiver kan redusere bonusutbetaling forholdsmessig for den periode som arbeidstaker har vært fraværende ved foreldrepermisjon.<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> Prop. nr. 92 (2010–2011) s. 2 punkt 3. Dette er tall basert på perioden før fedrekvoten ble utvidet fra 10 til 12 uker 1. juli 2011.

<sup>110</sup> Lewen (C-33/97).

Er det tale om generelle bonuser som ikke er basert på oppnådde resultater, kan ikke personer som er eller har vært i permisjon utelukkes fra dette.<sup>111</sup> Et eksempel på dette er utbetaling av julegratiale.<sup>112</sup>

Forbudet mot forskjellsbehandling ved endring av arbeidsvilkår innebærer også at kvinner har rett til å innrette permisjonslengden sin dersom denne vil ha innvirkning på andre rettigheter kvinner har krav på som følge av graviditet og fødsel.

Dette ble slått fast i Kiiski-dommen. Som nevnt tidligere, gjaldt denne saken en kvinne som ble gravid etter at hun hadde søkt om foreldrepermisjon for å ta vare på sitt første barn. Hun ønsket å endre lengden på foreldrepermisjonen og komme tilbake i arbeid tidligere slik at hun kunne opparbeide stønad under den neste fødselspermisjonen. Søknaden ble avslått av arbeidsgiver på grunn av at dette i følge en kollektiv avtale ikke utgjorde en legitim grunn for å endre permisjonslengden. Kvinnen mente hun var utsatt for direkte og indirekte forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn som følge av sin nye graviditet, ettersom arbeidsgiveren ikke godkjente hennes nye graviditet som en tilstrekkelig årsak og avslo enhver endring av perioden for foreldrepermisjon. Arbeidsgiver forhindret henne i at gjenoppta sitt arbeid og avskar henne dermed fra å gå i fødselspermisjon ved den andre fødselen.

Domstolen uttaler at det er opp til medlemsstatene å fastsette de nærmere regler omkring uttak av foreldrepermisjon. Siden tildeling av permisjon har innvirkning på hvordan bedriften eller virksomheten organiseres, blant annet kan det omfatte ansettelse av vikar, er det rimelig at medlemsstatene fastsetter strenge vilkår for endringer av permisjonsperioden.<sup>113</sup> Domstolen fastslår imidlertid at siden kvinner etter svangerskapsdirektivet har krav på minst 14 ukers fødselspermisjon før og etter fødsel, så vil bestemmelser som hindrer kvinners mulighet til å utøve denne retten være i strid med diskrimineringsforbudet. Å tillate ordninger som undergraver denne retten vil stride mot direktivets formål, som dels er å beskytte kvinnens fysiske tilstand under graviditeten og etter fødselen, og dels å beskytte det særlige forhold mellom mor og

---

<sup>111</sup> Likestillings- og diskrimineringsombudet. *Lønn*. (2011).

<sup>112</sup> Se f.eks. Lewen (C-33/97).

<sup>113</sup> Kiiski (C-116/06) premiss 36-37.

barn i perioden etter graviditeten og fødselen ved å unngå at forholdet forstyrres av at moren samtidig må være i arbeid og derved utsettes for en dobbeltbelastning.<sup>114</sup>

Bestemmelsen i den kollektive avtalen som førte til at kvinnen ble avskåret fra å ta ut fødselspermisjon var på bakgrunn av dette i strid med fellesskapsretten.

Dommen U.2008.1182H fra dansk Højesteret gjaldt også arbeidstakers muligheter til å innrette permisjonen. Denne saken omhandlet en kvinne som ble gravid mens hun hadde foreldrepermisjon. Permisjonen skulle i utgangspunktet være i 46 uker med nedsatte dagpenger. På grunn av den nye graviditeten så ønsket kvinnen å avslutte permisjonen for så å komme tilbake til jobb etter 32 uker i permisjon. Hun krevde i forbindelse med dette å få utbetalt fullt dagpengebeløp for de 32 ukene hun hadde vært i permisjon. Kommunen hevdet at arbeidstakers beslutning om 46 ukers permisjon var bindende, og at hun derfor ikke hadde krav på utbetaling av full dagpengesats for 32 uker.

Højesteret uttaler at hensynet til arbeidsgivers planleggingsmuligheter i forbindelse med arbeidstakers fravær ikke gjør seg gjeldende i et slikt tilfelle. I denne saken var den eneste ulempen at det måtte utføres en omberegning av dagpengeutbetalingen, og dette var enkelt å gjennomføre. Det var heller ingen holdepunkter i loven, forarbeidene eller forvaltningsrettslige prinsipper for at meddelelse av permisjonslengde er bindende slik at retten til å få utbetalt fullt dagpengebeløp faller bort. Arbeidstaker var derfor berettiget til å få omberegnet dagpengeutbetalingen til å omfatte fullt dagpengebeløp for 32 uker.

Det er påfallende at forbudet mot graviditetsdiskriminering ikke ble påberopt i denne saken. Den nye graviditeten var årsaken til at arbeidstaker ønsket å endre permisjonslengden, og det utgjorde således ulovlig forskjellsbehandling på grunnlag av graviditet å hindre henne dette. Det er klart at dette strider mot diskrimineringsforbudet, og det ville vært i strid med EU-retten dersom domstolen hadde kommet til motsatt resultat. Det uheldige ved ikke å påberope graviditetsdiskriminering er at dersom det hadde vært holdepunkter i blant annet forarbeidene for det motsatte resultat, så hadde

---

<sup>114</sup> Ibid premiss 46.

Højesteret kunne vært nødt til å gi arbeidsgiver medhold. Dette illustrerer hvor viktig det er at advokater og rettsanvendere har kjennskap til rettsreglene rundt graviditetsdiskriminering.

Blir en kvinne gravid så kan det være nødvendig med tilrettelegging eller omplussing på arbeidsplassen for å skåne mor og barn fra å bli utsatt for fare for sikkerhet eller helse. Diskrimineringsforbudet innebærer at gravide kvinner ikke skal komme i en dårligere stilling som følge av slike endringer. Dette følger av svangerskapsdirektivet artikkel 11 nr. 1 sammenholdt med artikkel 5. I følge EF-domstolen gjelder dette imidlertid ikke absolutt. Parviainen-dommen fra EF-domstolen gjaldt omplussing av en gravid kvinne på arbeidsplassen.<sup>115</sup> Spørsmålet i denne saken var om det var i strid med diskrimineringsforbudet at omplussingen medførte lavere lønn. Kvinnen jobbet som purser hos Finnair og som følge av graviditet ble hun midlertidig overført til kontorarbeid for å skåne kvinnen og foster mot stråling. Det fulgte med stillingen som purser et tilleggsbeløp som ble utbetalt basert på hvor mange flyvninger arbeidstakere hadde utført. Dette tillegget utgjorde 40 prosent av kvinnens samlede lønn. Etter overføringen til kontorarbeid fikk kvinnen utbetalt beløp tilsvarende grunnlønnen som purser, som var lavere enn kvinnens gjennomsnittlige lønn da hun ikke mottok tilleggsbeløp. Kvinnen hevdet dette var en diskriminerende handling i strid med svangerskapsdirektivet og krevde utbetalt lønn som tilsvarte summen hun gjennomsnittlig tjente i sin ordinære jobb.

Domstolen tok utgangspunkt i ordlyden til artikkel 11 nr. 1 og svangerskapsdirektivets formål. Artikkel 11 nr. 1 sier at i de tilfeller hvor gravide arbeidstakere må omplusses som følge av graviditet så skal «... *arbejdstageres rettigheder i forbindelse med arbejdsavtalen, herunder bevarelse af deres løn og/eller oppebærelse af en passende ydelse, sikres i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis.*» Det er altså ikke noe krav om at *full* lønn skal bevares under den midlertidige omplussingen. Det er opp til medlemsstatene å fastsette lønnsnivået, men det må være lønn av en størrelsesorden som ikke undergraver direktivets formål om å beskytte gravides helse

---

<sup>115</sup> Sag C-471/08 Sanna Maria Parviainen mod Finnair Oyj.



og sikkerhet.<sup>116</sup> I generaladvokatens forslag til avgjørelse ble det uttalt at likelønnsprinsippet også må ivaretas ved fastleggingen av lønn.<sup>117</sup>

Når det gjelder krav på tilleggsytelser så sa domstolen at når det er tale om ytelser som skal oppveie ulemper eller særlige vanskeligheter som følge av utførelsen av spesifikke oppgaver, så har arbeidstaker ikke krav på denne tilleggsytelsen når hun midlertidig ikke utfører disse oppgavene.<sup>118</sup> Domstolen uttalte i premiss 47:

*«Hvad angår godtgørelser og tillæg, som tilføjes grundlønnen, bør der dog sondres mellem på den ene side de, som udbetales under hensyntagen til den gravide arbejdstagers egne erhvervsmæssige kvalifikationer, hvilke ikke må kunne fjernes eller nedsættes af arbejdsgiveren i tilfælde af en midlertidig overførsel af arbejdstageren for at beskytte dennes sundhed, og på den anden side de, som udbetales som følge af de særlige vilkår, hvorunder arbejdet udføres, hvilke blot tildeles for at opveje de ulemper eller særlige vanskeligheder, som arbejdstageren udsættes for, og som kan fjernes, såfremt disse specifikke situationer, som begrunder dem, ikke længere er til stede.»*

EF-domstolen slo dermed fast at kvinnen ikke hadde krav på utbetaling av tilleggslønn under omplasseringen. Dette innebærer eksempelvis at dersom en gravid kvinne omplasseres fra nattskift til dagskift vil hun ikke lenger ha krav på natttillegget.<sup>119</sup> Tillegg som er knyttet til en arbeidstakers lederfunksjon, ansiennitet og arbeidsmessige kvalifikasjoner skal derimot omfattes av lønnsutbetalingen.<sup>120</sup>

Dersom en arbeidstaker må omplasseres på grunn av graviditet, skyldes dette offentligrettslige krav. Det er ikke forhold på deres side som gjør at de må omplasseres. Det kan derfor spørres om det er riktig at det er kvinnene som må bære risikoen for svekkede arbeidsvilkår ved slik omplassering. Gravide arbeidstakere som blir omplassert er også fortsatt i jobb, og utfører arbeidsoppgaver for arbeidsgiver. Det kan derfor fremstå som urimelig at de får lavere lønn på grunn av forhold som de ikke har

---

<sup>116</sup> Ibid premiss 49.

<sup>117</sup> Generaladvokatens forslag til avgjørelse premiss 65.

<sup>118</sup> Parviainen(C-471/08) premiss 61.

<sup>119</sup> *Erfaringer med og konsekvenser av graviditet og uttak av foreldrepermisjon i norsk arbeidsliv* (2008) s. 4

<sup>120</sup> Parviainen (C-471/08) premiss 69.

forårsaket selv. De offentligrettslige kravene er begrunnet i hensynet til gravide kvinners helse og sikkerhet, noe som i utgangspunktet skal gagne arbeidstakerne, så etter min mening er det tvilsomt i forhold til diskrimineringsforbudet at dette kan medføre svekkede arbeidsvilkår for gravide.

I saker fra nemnda som gjelder endring av arbeidsvilkår grunnet graviditet og permisjon er vurderingen ofte knyttet til rettsanvendelsen.<sup>121</sup> Dette innebærer at nemnda vurderer om arbeidstakere faktisk har blitt stilt i en dårligere stilling som følge av endrede arbeidsvilkår. Et eksempel på dette er Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak nr. 22/2006. Saken gjaldt en kvinne som gikk ut i svangerskapspermisjon og ble erstattet av en vikar. Da kvinnen kom tilbake i jobb, gikk vikaren over i fast stilling i firmaet og fortsatte med arbeidsoppgavene som i utgangspunktet hadde vært utført av kvinnen. I forhold til vurderingen av om arbeidstaker var kommet i en dårligere stilling uttalte nemnda:

*«Det må foreligge omstendigheter som tilsier at B ble stilt dårligere enn tidligere ved de nye arbeidsoppgavene. Det må legges vekt på hva som vanligvis vil regnes som negative endringer. Dersom det etter en objektiv vurdering er tvil om endringene skal karakteriseres som negative eller positive, vil Bs egen oppfatning av situasjonen kunne være av betydning.»*

I denne saken hadde kvinnen blitt fratatt regnskapsoppgaver som hun hadde utført forut for permisjonsfraværet og nemnda slo fast at kvinnen ble frarøvet sin mulighet til faglig utvikling innenfor dette feltet ved at disse arbeidsoppgavene ikke ble tillagt henne lenger. Hun ble derfor stilt i en dårligere stilling ved de endrede arbeidsvilkårene, og dette var begrunnet i permisjonsfraværet.

## **7 Bevisbyrdereglene**

I dette avsnittet skal jeg redegjøre for reglene om bevisbyrde i saker om graviditetsdiskriminering. Reglene om bevisbyrde i likestillingsloven er et unntak fra

---

<sup>121</sup> Likestillings- og diskrimineringsnemnda (2008) s. 15.

den alminnelige regel om bevisbyrde i norsk sivilrett, hvor hovedregelen er at det er den som har framsatt et krav eller en påstand som føre bevis for det.<sup>122</sup> Hensynet bak reglene om delt bevisbyrde er å sikre effektiv håndheving av forbudet mot diskriminering på et område hvor styrkeforholdet mellom partene ofte er skjevt.<sup>123</sup> Tidligere gjaldt reglene om delt bevisbyrde de spesifikke situasjonene i §§ 4, 5 og 6 om forbud mot diskriminering ved ansettelser mv., om likelønn og lik rett til utdanning for menn og kvinner. Bevisbyrdereglene gjaldt derfor ikke ved diskriminering ved situasjoner som endrede arbeidsvilkår, fastsettelse av arbeidstid og fordeling av arbeidsoppgaver. Ved lovendring i 2002 ble bevisbyrdereglene imidlertid gitt et videre anvendelsesområde som følge av implementeringen av EUs bevisbyrdedirektiv.<sup>124</sup> Ved lovendring i 2005 ble anvendelsesområdet utvidet til også å omfatte seksuell trakassering og trakassering på grunn av kjønn. Bakgrunnen for lovendringen var implementering av endringsdirektivet i EØS-avtalen.<sup>125</sup> Lovens hovedregel er nå at bevisbyrdereglene i likestillingsloven § 16 får anvendelse på alle handlinger som er i strid med kjønnsdiskrimineringsforbudet.<sup>126</sup> Reglene har størst betydning på arbeidslivets område og det er her hensynene bak reglene gjør seg mest gjeldende. Det er normalt arbeidsgiver som sitter på den nødvendige og relevante informasjonen som kan belyse saken, og som vi skal se så skal det lite til før bevisbyrden går over på arbeidsgiver.<sup>127</sup>

Reglene om bevisbyrde er hjemlet i likestillingsloven § 16:

*«Hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted direkte eller indirekte forskjellsbehandling i strid med loven, skal det legges til grunn at slik forskjellsbehandling har funnet sted, hvis ikke den ansvarlige sannsynliggjør at slik forskjellsbehandling likevel ikke har skjedd.»*

---

<sup>122</sup> Diskriminerings- og likestillingsrett s. 323-324.

<sup>123</sup> *Arbeid og rett* (2009) s. 591.

<sup>124</sup> Hedlund (2008) s. 364-366 og Rdir 97/80/EØF.

<sup>125</sup> Ot.prp. nr 35 (2004-2005) s. 56 og Rdir 2002/73/EF.

<sup>126</sup> Hedlund (2008) s. 365.

<sup>127</sup> Holgersen (2005) s. 67

Artikkel 19 nr. 1 i det nye likestillingsdirektiv heter det:

*«Medlemsstaterne træffer i overensstemmelse med deres nationale retssystemer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at når personer, der betragter sig som krænket, fordi ligebehandlingsprincippet ikke er anvendt over for dem, over for en domstol eller en anden kompetent myndighed påviser faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der har været tale om direkte eller indirekte forskelsbehandling, påhviler det indklagede at bevise, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket.»*

Likestillingsloven § 16 og artikkel 19 nr. 2 i likestillingsdirektivet har derfor samme innhold.

«Omstendighetene» skal gi «grunn til å tro» at det har funnet sted ulovlig forskjellsbehandling. I dette ligger det at den som hevder seg forskjellsbehandlet har bevisføringsrisikoen. Det må etableres en presumsjon for at diskriminering har skjedd, basert på sakens ytre omstendigheter. Opplysninger om saksforholdet kan fremskaffes av klager selv, av ombudet og av andre og det er ikke oppstilt noen formkrav.<sup>128</sup> Dersom det blir etablert en presumsjon for at det har skjedd forskjellsbehandling i strid med loven, går bevisbyrden over på den som hevdes å ha forskjellsbehandlet. Det er ikke et krav om sannsynlighetsovervekt, men en påstand alene er ikke tilstrekkelig til at bevisbyrden går over. Påstanden må understøttes av konkrete omstendigheter. Dersom en gravid kvinne ikke blir tilbudt en stilling så er ikke det rene faktum at hun er gravid nok til å oppstille en presumsjon for at det har skjedd ulovlig forskjellsbehandling. Det kreves i tillegg ett eller flere holdepunkter for at det har blitt lagt vekt på graviditeten eller fødselspermisjon.<sup>129</sup> Slike ytre holdepunkter behøver ikke være skriftlige bevis eller vitneutsagn. Hendelsesforløpet sett i sammenheng kan gi tilstrekkelig bevisgrunnlag.<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> Hedlund (2008) s. 372-373.

<sup>129</sup> Se blant annet nemndas sak nr. 3/2009.

<sup>130</sup> Hedlund (2008) s. 372-373.

Problemstillingen om bevisbyrde gjør seg særlig gjeldende i saker om graviditetsdiskriminering ved ansettelse. Som tidligere nevnt så er det ikke tilstrekkelig å vise til graviditet eller permisjonsfravær for at bevisbyrden går over på innklagede. I sak nr. 41/2011 om diskriminering på grunn av fødsel og permisjon uttalte Likestillings- og diskrimineringsnemnda:

*«Nemnda har i en rekke saker vurdert om bevisbyrden har gått over på innklagede. Nemnda har krevd noe mer enn en påstand om at diskriminering har funnet sted. Det må være ytterligere holdepunkter i saken for lovstridig forskjellsbehandling, for at bevisbyrden skal gå over på innklagede. Det er klager som i utgangspunktet har bevisføringsrisikoen.»*

Ofte vil det kun være påstand mot påstand. Dersom det er mange søkere til en stilling og en av disse er gravid eller i permisjon, men vedkommende blir forbigått i prosessen, så kan det være vanskelig for arbeidssøker å oppstille presumpsjon for at det har blitt lagt vekt på graviditeten eller permisjonsfraværet. Slike tilfeller vil ofte maskeres ved at flere andre av de søkende heller ikke blir vurdert videre i prosessen, og diskrimineringen vil på den måten holdes skjult.

Det følger imidlertid av både praksis fra nemnda og fra EF-domstolen at det i ansettelsestilfeller skal svært lite til for å oppstille en presumpsjon for forskjellsbehandling. I slike tilfeller er det arbeidsgiver som sitter inne med de vesentligste av opplysninger og begrunnelse for handlingen, og det stilles lave krav til bevisenes styrke før bevisbyrden blir ført over til arbeidsgiver.<sup>131</sup> Et eksempel på dette er Dekker-saken. I denne saken var det nok for å føre over bevisbyrden at saksøker viste til at hun var den best egnede til stillingen. Nemndas sak nr. 6/2007 gjaldt en kvinne i fødselspermisjon som ikke ble innkalt til intervju ved tilsetting i stilling som sykepleier. I denne saken var det tilstrekkelig for å overføre bevisbyrden at kvinnen hadde hatt tidligere vikariater hos arbeidsgiver og hadde samme utdanning som de som ble innkalt, og lenger arbeidserfaring enn én av de andre intervjukandidatene.

Når det gjelder oppsigelse under graviditet gjelder det særlige bevisbyrderegler etter arbeidsmiljøloven § 15-9. Denne bestemmelsen oppstiller en regel om omvendt

---

<sup>131</sup> Sundøy (2006) s. 25.

bevisbyrde, som innebærer at dersom en gravid kvinne blir oppsagt så skal oppsigelsen anses å ha sin grunn i graviditeten dersom ikke noe annet gjøres overveiende sannsynlig. Arbeidstaker trenger derfor ikke å oppstille noen presumpsjon for forskjellsbehandling for at bevisbyrden går over på arbeidsgiver. Det er nok å vise til graviditeten.

Den danske likebehandlingsloven inneholder en lignende bestemmelse om bevisbyrde ved oppsigelse.<sup>132</sup> Denne regelen har imidlertid et videre anvendelsesområde enn de norske reglene om bevisbyrde og oppstiller et høyere beskyttelsesnivå enn det som følger av likestillingsdirektivet. § 16 stk. 2 i likebehandlingsloven bestemmer at ved oppsigelse som finner sted under graviditet, i fødselspermisjon eller i perioden etter man har varslet om forestående fødselspermisjon, må arbeidsgiver godtgjøre at oppsigelsen ikke har sitt grunnlag i disse forhold. Bevisbyrderegelen er ikke kun begrenset til graviditet, slik som i norsk rett, den gjelder også i forhold til forestående og pågående fødselspermisjon. Her er det altså tatt høyde for at det ikke bare er under selve graviditeten arbeidstaker kan ha vanskeligheter med å oppstille en presumpsjon for at det har funnet sted ulovlig forskjellsbehandling. En arbeidstaker som er fraværende grunnet fødselspermisjon har ikke samme muligheter for å ivareta sine rettigheter som en arbeidstaker som er til stede på jobb. I tillegg kan det oppleves som en ekstra stor belastning å måtte sette i gang tiltak for å bevare stillingen sin når man nettopp har fått et barn. Regelen om omvendt bevisbyrde under fødselspermisjon gjelder også for beslutning om oppsigelse som er truffet i denne perioden.<sup>133</sup> En slik beskyttelse har ikke norske kvinner i fødselspermisjon.

En annen forskjell mellom de norske og danske bevisbyrdereglene er at den omvendte bevisbyrderegelen i norsk rett er inntatt i arbeidsmiljøloven, ikke likestillingsloven. Dette innebærer at hverken Likestillings- og diskrimineringsombudet eller Likestillings- og diskrimineringsnemnda har myndighet til å håndheve denne regelen.<sup>134</sup> Arbeidsmiljøloven § 15-9 kan bare håndheves av de alminnelige domstolene. Ved

---

<sup>132</sup> Likebehandlingsloven § 16 stk. 2.

<sup>133</sup> Andersen (2010) s. 166

<sup>134</sup> Diskrimineringsombudsloven § 1, 2. ledd.

behandling i ombudet eller nemnda vil regelen om delt bevisbyrde i likestillingsloven § 16 komme til anvendelse, også i saker om oppsigelse under graviditet. Dette har stor betydning da de aller fleste saker om graviditetsdiskriminering blir bragt inn og endelig avgjort i ombudet eller nemnda. I dansk rett er derimot reglene om omvendt bevisbyrde inntatt i likebehandlingsloven og Ligebehandlingsnævnet har således myndighet til å håndheve disse reglene.<sup>135</sup>

Dersom det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted ulovlig forskjellbehandling, går bevisbyrden over på den ansvarlige og denne må gjøre det mer enn 50 prosent sannsynlig at slik forskjellsbehandling ikke har skjedd. Dersom den innklagede ikke sannsynliggjør dette så vil det legges til grunn at den ulike behandlingen er i strid med likestillingsloven. Den innklagede har således tvilsrisikoen.<sup>136</sup>

Bevistemaet kan variere avhengig av om det er tale om direkte eller indirekte diskriminering. Det er et absolutt forbud mot graviditetsdiskriminering og ingen unntaksadgang. Her vil bevistemaet derfor dreie seg om å sannsynliggjøre at det ikke har skjedd noen diskriminerende handling. Er det spørsmål om indirekte diskriminering vil det være større rom for unntak. Dersom den innklagede anerkjenner at det har skjedd forskjellsbehandling, må vedkommende da bevise at handlingen har et objektivt formål uavhengig av kjønn, og at det middel som er valgt er egnet, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende i forhold til formålet, jf. likestillingsloven § 3 (4). Bevistemaet blir derfor mer omfattende og komplekst.<sup>137</sup>

Ofte vil håndhevingsmyndighetene måtte vurdere arbeidssøkers egnethet i forhold til kvalifikasjonskrav i utlysingen til stillingen. Kvalifikasjonskravene kan variere veldig, alt fra klare og konkrete krav til mer skjønnsmessige krav, slik som personlige egenskaper. Slike egenskaper er vanskeligere å etterprøve enn vurderinger av kvalifikasjoner som utdanning og yrkeserfaring. Nemnda har uttalt at når det gjelder

---

<sup>135</sup> Loven om Ligebehandlingsnævnet § 1 stk. 2 (3).

<sup>136</sup> Hedlund (2008) s. 373.

<sup>137</sup> *Diskriminerings- og likestillingsrett* (2008) s. 333-334.

beviskravene i forhold til personlige egenskaper, må arbeidsgivers vurdering av slike i noen grad være konkretisert og denne konkretiseringen må gå fram av saksdokumenter eller på annen måte som kan bevises i etterkant.<sup>138</sup> Likestillings- og diskrimineringsnemnda uttalte i sak nr. 25/2008:

*«Nemnda er klar over at arbeidsgiver rettmessig kan legge vekt på personlig egnethet til stillingen. Nemnda finner heller ikke grunn til å trekke i tvil at personlig egnethet faktisk ble vektlagt ved tilsetningen. Spørsmålet er om det var kun dette som ble vektlagt. Forhold som skal oppfylle bevisbyrden, må være etterprøvbare. For at arbeidsgiver skal kunne sannsynliggjøre at det kun var personlig egnethet som ble vektlagt, må den konkrete vektleggingen av personlig egnethet derfor framgå av tilsettingsdokumenter eller på annen måte som kan ettervises...»*

Uttalelser om personlig egnethet som kommer i etterkant har derfor ingen betydning ved vurderingen av om beviskravet er oppfylt. Dersom det ikke eksisterer konkrete opplysninger eller dokumenter som protokollerer eller redegjør for hvorfor én arbeidssøker er mer personlig egnet enn en annen, vil utfallet ofte være at det blir konstatert diskriminering i strid med loven, dersom det er etablert en presumpsjon for dette. Reglene om delt bevisbyrde innebærer derfor at ulovlig diskriminering kan anses bevist uten at det foreligger sannsynlighetsovervekt for at dette er tilfellet.<sup>139</sup>

## **8 Sammenfatning og perspektiver**

Graviditetsdiskriminering i arbeidslivet er et utbredt problem, til tross for den strenge lovgivningen. Mye tyder på at dette delvis skyldes at arbeidsgivere ikke er klar over at de diskriminerer. Dette gjør seg særlig gjeldende ved ansettelse i midlertidige stillinger. Som tidligere nevnt, har arbeidsgiver i flere tilfeller lagt vekt på at de er avhengige av at arbeidstaker «er til stede», og at det således er praktisk og legitimt å velge bort potensielle arbeidstakere som skal ut i permisjon. Likestillings- og diskrimineringsnemndas praksis på dette området er i klar strid med EU-retten og det er viktig at nemnda endrer praksis på dette området.

---

<sup>138</sup> Se nemndas sak nr. 41/2011.

<sup>139</sup> *Arbeid og rett* (2009) s. 592.



Arbeidsgiveres manglende innsikt i regelverk kan også føre til andre former for diskriminerende handlinger. Et eksempel på dette er mangelfull tilrettelegging under graviditeten. I yrker som krever fysisk anstrengelse så kan tilrettelegging være helt nødvendig, og dersom arbeidsgiver ikke etterkommer dette så tvinges den gravide ut i sykefravær.<sup>140</sup>

Det er viktig at kvinner blir opplyst om sine rettigheter i forbindelse med graviditet og fødselspermisjon. Mange er ikke klar over omfanget av beskyttelsen de har etter likestillingsloven, og hvilke veilednings- og klagemuligheter de har ved Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda. Det er særlig viktig i denne sammenheng at kvinner blir gjort oppmerksomme på at de ikke bør opplyse om sin graviditet i en ansettelsesprosess. Selv om spørsmål om familieplanlegging er direkte diskriminering i strid med likestillingsloven så risikerer kvinner å bli spurt om dette i jobbsøkerprosessen.<sup>141</sup> Realiteten er at graviditet ofte blir vektlagt ved utvelgelsen av arbeidstakere og det kan være vanskelig å påvise dette dersom kandidatene er like godt kvalifiserte.

Når det gjelder bevisbyrdereglene så er hovedregelen i likestillingsloven at det er delt bevisbyrde ved saker om kjønnsdiskriminering. Det kan være vanskelig for den som er utsatt for ulovlig forskjellsbehandlingen å oppstille en presumpsjon for at slik forskjellsbehandling har funnet sted. For å effektivisere vernet så burde det inntas en regel om omvendt bevisbyrde for graviditetsdiskriminering i likestillingsloven. Da slipper den forskjellsbehandlede å vise til ytre omstendigheter i tillegg til graviditeten eller fødselspermisjonen, og det blir kun opp til arbeidsgiver å sannsynliggjøre at ulovlig forskjellsbehandling ikke har funnet sted. EU-retten oppstiller et krav om delt bevisbyrde, men det er ikke noe i veien for at det blir gjennomført et høyere beskyttelsesnivå enn det EU-retten oppstiller.<sup>142</sup> Slik ordningen er nå så er det bare de

---

<sup>140</sup> *Erfaringer med og konsekvenser av graviditet og uttak av foreldrepermisjon i norsk arbeidsliv* (2008) s. 35.

<sup>141</sup> Gyberg (2011) s. 17.

<sup>142</sup> Se EP/Rdir 2006/54/EF artikkel 19 nr. 2.

ordinære domstoler som kan håndheve regelen om omvendt bevisbyrde ved oppsigelse av gravide i arbeidsmiljøloven. Da de aller fleste saker om graviditetsdiskriminering blir avgjort i Likestillings- og diskrimineringsnemnda så burde det gjelde en tilsvarende regel i likestillingsloven.

Et viktig virkemiddel for å effektivisere diskrimineringsvernet er å endre håndhevingsmekanismene. Likestillings- og diskrimineringsnemndas har myndighet til å treffe vedtak om hvorvidt det foreligger brudd på likestillingsloven og treffe vedtak om pålegg i saker hvor det har blitt konstatert brudd på lovgivningen.<sup>143</sup> Dersom pålegget ikke blir etterfulgt, så kan nemnda ilegge tvangsmulkt for å sikre gjennomføring av pålegget. Nemndas vedtaksmyndighet er imidlertid begrenset ved at nemnda ikke kan oppheve eller endre vedtak truffet av andre forvaltningsorganer. I disse sakene skal nemnda kun gi en uttalelse om hvorvidt likestillingsloven er overtrådt.<sup>144</sup> Denne begrensningen i nemndas myndighet er vidtrekkende. Ansettelse, oppsigelse, suspensjon, avskjed og forflytning i offentlige tjenesteforhold vil være enkeltvedtak og i slike saker kan nemnda kun gi en ikke-bindende uttalelse.<sup>145</sup> Nemnda kan heller ikke gi pålegg til andre forvaltningsorganer om hvordan de skal utøve myndigheten sin for ikke å komme i strid med likestillingsloven.<sup>146</sup> I tillegg så har ikke nemnda myndighet til å treffe vedtak om oppreisning eller erstatning for økonomisk tap som følge av diskriminering. For at en person som er utsatt for diskriminering skal få tilkjent oppreisning eller erstatning så må vedkommende reise søksmål for domstolene.<sup>147</sup> Dette er en kostbar og langvarig prosess som mange hverken har midler eller ønske om å gjennomføre og det blir reist svært få søksmål om brudd på likestillingsloven for domstolene.<sup>148</sup>

For å effektivisere diskrimineringsvernet bør Likestillings- og diskrimineringsnemnda gis myndighet til å treffe vedtak om økonomisk kompensasjon. Det følger av

---

<sup>143</sup> Diskrimineringsombudsloven § 7.

<sup>144</sup> Ibid § 9.

<sup>145</sup> NOU 2011:18 punkt 10.2.

<sup>146</sup> Diskrimineringsombudsloven § 9.

<sup>147</sup> Likestillingsloven § 17.

<sup>148</sup> NOU 2011:18 punkt 10.4.1.

likestillingsdirektivet artikkel 18 at medlemsstatene skal innføre bestemmelser som sikrer en reell og effektiv erstatning eller godtgjørelse for tap og skader som følge av forskjellsbehandling. Om dette skal være i form av oppreisning eller erstatning, eller begge deler, havner utenfor oppgavens tema, men nemnda bør ha myndighet til å treffe vedtak om økonomisk kompensasjon for å sikre at personer som har blitt utsatt for diskriminering får ivaretatt rettighetene sine. Brudd på diskrimineringsforbudet kan medføre store økonomiske tap i form av tapt inntekt ved for eksempel forbigåelse ved ansettelse eller urettmessig oppsigelse. Da er det rimelig at arbeidstaker får ilagt denne kompensasjonen uten å være nødt til å utsette seg for den økonomiske risikoen et søksmål for domstolene medfører.

Det følger av likestillingsdirektivet artikkel 18 at medlemsstatene skal innføre bestemmelser om økonomisk kompensasjon slik at det har en preventiv virkning. Dersom nemnda får myndighet til å ilegge kompensasjon vil dette ha en preventiv effekt. Arbeidsgivere vil bli mer påpasselig om å overholde likestillingslovens regler når det er større sjanser for at brudd på diskrimineringsforbudet får økonomiske konsekvenser. Slik håndhevingsmekanismene er utformet i dag, så kan arbeidsgiver i realiteten diskriminere uten at dette medfører nevneverdige følger. Manglende effektive reaksjoner for brudd på diskrimineringsforbudet kan også medføre at personer som er utsatt for diskriminering ikke tar seg bryet ved å henvende seg til ombudet eller nemnda.<sup>149</sup> Da kan det være enklere heller å avfinne seg med situasjonen eller fjerne seg fra den ved for eksempel å bytte arbeidsplass.

I Danmark har Ligebehandlingsnævnet myndighet til å fastsette godtgjørelse ved brudd på diskrimineringsforbudet.<sup>150</sup> Dette innebærer at Ligebehandlingsnævnet både kan ilegge oppreisning og erstatning for økonomisk tap. I tillegg så kan Ligebehandlingsnævnet underkjenne beslutning om oppsigelse på grunn av graviditet eller fødselspermisjon.<sup>151</sup> Et eksempel på en sak hvor Ligebehandlingsnævnet tilkjente økonomisk kompensasjon er avgjørelse nr. 169 / 2011 som gjaldt en kvinne som ble

---

<sup>149</sup> Ibid.

<sup>150</sup> Loven om Ligebehandlingsnævnet § 2.

<sup>151</sup> Andersen (2008) s. 289-291.

oppsagt under graviditet. Ligebehandlingnævnet fant det ikke godtgjort at oppsigelsen ikke var begrunnet i graviditeten og kvinnen ble tilkjent 230 000 danske kroner for tapt lønnsinntekt.

I et overordnet perspektiv, så har øremerking av foreldrepermisjon vært et viktig virkemiddel for likestilling i arbeidslivet. Etter at fedrekvoten ble innført i 1993 har stadig flere fedre benyttet seg av foreldrepermisjon. Fedres uttak har økt i takt med at fedrekvoten har blitt utvidet. I 2009 tok fedrene ut 12 prosent av foreldrepengedagene ved fødsel.<sup>152</sup> I 2010 var fedreuttaket økt til 15 prosent etter at fedrekvoten var blitt utvidet fra 6 til 10 uker.<sup>153</sup> Dersom vilkårene for rett til foreldrepenger er oppfylt, har far nå krav på 12 ukers permisjon. Mor har krav på permisjon 3 uker før fødsel og 6 uker etter fødsel. De resterende ukene fordeles fritt mellom foreldrene.

Utvidelsen av fedrekvoten har vært et effektivt middel for å bidra til at fedre tar lengre permisjoner og at mor kommer tidligere tilbake i arbeid. Dette vil igjen føre til permisjonsfravær ikke i like stor grad bare er forbundet med mor, som igjen vil bidra til at kvinner blir mer attraktive på arbeidsmarkedet. Man ser også sammenheng mellom lengden på fars uttak av foreldrepermisjon og fordeling av ansvar for barneomsorg senere.

Allikevel er mange av den oppfatning at fellesdelen er forbeholdt mor, og mor tar oftest ut denne delen av permisjonen. Dette er en form for stereotypisering som bidrar til å opprettholde kjønnsrollemønstrene i samfunnet. Norge er forpliktet etter FNs kvinnekonvensjon til å innføre tiltak for å endre sosiale og kulturelle mønstre som forsterker stereotypier av kvinner og tradisjonelle kjønnsroller.<sup>154</sup> Et effektivt middel for å motvirke denne stereotypiseringen ville være å dele foreldrepermisjonen likt, og øremerke permisjonsperiodene for mor og far. Dette ville føre til at begge foreldre er borte fra arbeidslivet i like lang tid, og bidra til å avskaffe forestillinger om at omsorgsansvar for barn hovedsakelig tilhører mor.

---

<sup>152</sup> Meld. St. nr. 6 (2010–2011) punkt 10.1.4.

<sup>153</sup> Prop. nr. 92 (2010–2011) s. 2 punkt 3.

<sup>154</sup> FNs kvinnekonvensjon artikkel 5 (a).

I Danmark er kun to uker i forbindelse med fødselen øremerket far.<sup>155</sup> I 2009 tok danske fedre ut 7 prosent av det totale antall permisjonsdager mot norske fedre som tok ut 12 prosent i samme tidsrom. Dette illustrerer betydningen øremerking av permisjonstid har for fordelingen av permisjonstid mellom mor og far.

---

<sup>155</sup> Barselloven § 7 stk. 3.

## 9 Register

### Litteratur

#### Bøker og artikler

Andersen, Agnete, Nielsen, Ruth og Kirsten Precht. *Ligestillingslovene*. Bind 1: *Forskelsbehandlingsloven, den etniske likebehandlingslov, ligestillingsloven, loven om likebehandlingsnævnet, håndhævelse og generelle spørgsmål*. 6. utgave. København, 2008.

Andersen, Agnete, Nielsen, Ruth og Kirsten Precht. *Ligestillingslovene*. Bind 2: *Ligebehandlingsloven, ligelønsloven, barselloven, barseludligningsloven og loven om forsikring, pension og lignende*. 6. utg. København, 2010.

Aune, Helga. *Regelen om delt bevisbyrde i likestillingsloven § 16*. Oslo, 2006. (Kvinnerettslig skriftserie; nr. 59).

Cotter, Anne-Marie Mooney. *Pregnant Pause. An international legal Analysis of Maternity Discrimination*. Farnham, 2010.

Dege, Jan Tormod. *Arbeidsgivers styringsrett*. Bind III: *Oppsigelse og avskjed*. Oslo, 1997.

Dege, Jan Tormod. *Den individuelle arbeidsrett*. Del II. Oslo, 2009.

Gyberg, Julia. *Graviditetsdiskriminering*. I: Justine. 2011, s. 17-18.

<http://www.nkjf.no/justine.html> [sitert 17. april 2012]

Hedlund, Mary-Ann og Semner, Brit Djupvik. *Likestillings- og diskrimineringslovene – med kommentarer*. Bind I. Bergen, 2008.

Holgersen, Gudrun. *Noen hovedpunkter i EU-rettens regulering av vern mot diskriminering i arbeidslivet, med hovedvekt på trakassering*. I: Arbeidsrett og arbeidsliv. Bind 1. 2005, s. 55-71. (Sisert fra Lovdata)

Vigerust, Elisabeth. *Arbeid, barn og likestilling. Rettslig tilpasning av arbeidsmarkedet*. Oslo, 1998.

Votininus, Jenny Julén. *Föräldrar i arbete. En könskritisk undersökning av småbarnsföräldrars arbetsrättsliga ställning*. Göteborg, 2007.

*Arbeid og rett*. Redigert av Helga Aune ... [et al.] 1. utg. Oslo, 2009.

*Diskriminerings- og likestillingsrett*. Redigert av Anne Hellum og Kirsten Ketscher. Oslo, 2008.

*Jura & Historie*. Redigert av Henrik Dam, Lise Dybdahl og Finn Taksøe-Jensen. København, 2003.

*Omstilling og nedbemanning*. Jan Fougner ... [et al.]. 2. utg. Oslo, 2011.

#### Nettdokument

Haugedal, Monica. Arbeidsmiljøloven § 12-7. Kommentarene. [www.arbeidsrett.no](http://www.arbeidsrett.no) [Sisert 16. mars 2012].

Gjennomføringsnotat fra Arbeidsdepartementet. *Foreldrepermisjon – nytt direktiv*. <http://www.regjeringen.no/nb/sub/europaportalen/eos-notatbasen/notatene/2009/okt/foreldrepermisjon--forslag-til-nytt-dire.html?id=582617> [sisert 2. februar 2012]

Likestillings- og diskrimineringsombudet. *Lønn*.

<http://www.ldo.no/no/Tema/Kjonn/Graviditet-og-foreldrepermisjon/Lonn/> [sitert 17. april 2011]

## **Rapporter/Statistikk**

*Erfaringer etter 2 år. Juridiske vurderinger.* Likestillings- og diskrimineringsnemnda. 2008.

*Erfaringer med og konsekvenser av graviditet og uttak av foreldrepermisjon i norsk arbeidsliv.* Cathrine Egeland ... [et al.]. AFI-rapport. Oslo, 2008.

*Klage- og veiledningssaker: Graviditet og foreldrepermisjon 2007-2011.* Likestillings- og diskrimineringsombudet, ved Lars C. Kolberg. E-post. 16. mars 2012.

*LDOs klagesaker 2007-2010 for utvalgte diskrimineringsgrunnlag og områder.* Likestillings- og diskrimineringsombudet. (revidert 11. oktober 2011).

## **Lover**

### **Norske lover**

Lov om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) av 9. juni 1978 nr 45.

Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr 62.

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 2005 nr 30.



Lov om folketrygd (folketrygdloven) av 28. februar 1997 nr 19.

Lov om Ligestillings- og diskrimineringsombudet og Ligestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven) av 10. juni 2005 nr 40.

### Danske lover

Lovbekendtgørelse nr 734 af 28. Juni 2006 om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse m.v. Ligebehandlingsloven.

Lovbekendtgørelse lov nr. 566 af 9. juni 2006 om ret til orlov og dagpenge ved barsel med de ændringer, der følger af § 7 i lov nr. 1336 af 19. december 2008 og § 4 i lov nr. 494 af 12. juni 2009. Barselloven.

Lovbekendtgørelse nr 387 af 27. mai 2008 om Ligebehandlingsnævnet.

### EØS-rettslige kilder

76/207/EØF Rådskonklusjon av 9. februar 1976 om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår (Likebehandlingskonklusjonen).

92/85/EØF Rådskonklusjon av 19. oktober 1992 om iverksetting av tiltak som forbedrer helse og sikkerhet på arbeidsplassen for gravide arbeidstakere og arbeidstakere som nylig har født eller ammer (Svangerskapskonklusjonen).

97/80/EF Rådskonklusjon av 15. desember 1997 om provtyngsla i samband med skilnadshandsaming på grunnlag av kjønn (Bevisbyrdedirektivet).

2006/54/EF Europaparlaments- og Rådskonklusjon 2006/54/EF av 5. juli 2006 om gjennomføring av prinsippet om like høve for og lik handsaming av menn og kvinner ved tilsetjing og i arbeidstilhøve (omarbeiding) (Ligestillingskonklusjonen).

2010/18/EU Rådsdirektiv av 8. mars 2010 om gjennomføring av den reviderte rammeavtalen om foreldrepermisjon inngått av BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP og EFF og om oppheving av direktiv 96/34/EF.

2010/41/EU Europaparlaments- og Rådsdirektiv av 7. juli 2010 om gjennomføring av prinsippet om lik handsaming av menn og kvinner som driv sjølvstendig næringsverksemd, og om oppheving av rådsdirektiv 86/613/EØF.

Kommisjonen og rådets erklæring. Official Journal of the European Countries. L 348. Volume 35. 19. oktober 1992.

### **Internasjonale kilder**

FNs konvensjon om å avskaffe alle former for diskriminering mot kvinner, 18. desember 1979 (FNs kvinnekonvensjon).

Communication No. 3/2004. CEDAW/C/36/D/3/2004. (individdklage til FNs kvinnekomite).

### **Forarbeider**

Ot. prp.nr 41 (1975-1976) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn mv. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø.

Ot. prp.nr 50 (1993-1994) Om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.

Ot.prp.nr 77 (2000-2001) Om lov om endringer i likestillingsloven mv. (plikt til å arbeide for likestilling, skjerping av forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, forbud mot seksuell trakassering mv.).

Ot.prp.nr 35 (2004-2005) Om lov om endringer i likestillingsloven mv. (Gjennomføring av Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/73/EF og innarbeiding av FN-konvensjonen om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner med tilleggsprotokoll i norsk lov).

Prop.nr 92 (2010–2011) Endringer i folketrygdloven (utvidelse av fedrekvoten mv.).

St. Meld. nr 6 (2010–2011) Likestilling for likelønn.

NOU 2011:18 Struktur for likestilling.

## **Sakregister**

### Likestillings- og diskrimineringsnemnda

3/2005

5/2006

19/2006

22/2006

6/2007

6/2008

25/2008

3/2009

7/2009

13/2009

35/2009

47/2010

48/2010

5/2011

41/2011

Klagenemnda for likestilling

LNK-2004-22

Likestillings- og diskrimineringsombudet

08/908

09/2038

11/210 (2011)

10/517 (2012)

Danske avgjørelser

Højesteret

Ufr 2003 s. 603

259/2010 (avsagt 29. mars 2012) Ikke publisert.

Ligebehandlingsnævnet

Sag nr. 174/2011.

Sag nr. 169 / 2011.

EF-domstolen

Sag C-177/88 Dekker mod Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen. Saml.  
1990 I-03941.

Sag C-179/88 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark mod Dansk Arbejdsgiverforening Saml.1990 I-03979.

Sag C-421/92 Gabriele Habermann-Beltermann mod Arbeiterwohlfahrt Bezirksverband Ndb./Opf. eV. Saml. 1994 I-01657.

Sag C-32/93 Carole Louise Webb mod Emo Air Cargo (UK) Ltd. Saml. 1994 I-03567.

Sag C-136/95 Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS) mod Evelyne Thibault. Saml. 1998 I-02011.

Sag C-342/96 Joan Gillespie m.fl. mod Northern Health Services Boards, Department of Health and Social Services, Eastern Health and Social Services Board og Southern Health and Social Services Board. Saml. 1996 I-0475.

Sag C-394/96 Mary Brown mod Rentokil Ltd. Saml. 1998 I-04185.

Sag C-33/97 Susanne Lewen mod Lothar Denda. Saml. 1999 I-07243.

sag C-207/98 Silke-Karin Mahlborg mod Land Mecklenburg-Vorpommern. Saml. 2000 I-00549.

Sag C-438/99 Maria Luisa Jiménez Melgar mot Ayuntamiento de Los Barrios. Saml. 2001 I-06915.

Sag C-109/00 Tele Danmark A/S mod Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark (HK) som mandatar for Marianne Brandt-Nielsen. Saml. 2001 I-06993.

Sag C-147/02 Michelle K. Alabaster mod Woolwich plc og Secretary of State for Social Security Saml. 2004 I-03101.

Sag C-116/06 Sari Kiiski mod Tampereen kaupunki. Saml. 2007 I-07643.

Sag C-303/06 S. Coleman mod Attridge Law, Steve Law. Saml. 2008 I-05603.

Sag C-506/06 Sabine Mayr mod Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG.  
Saml. 2008 I-01017.

Sag C-471/08 Sanna Maria Parviainen mod Finnair Oyj. Saml. 2010 I-06529.

Sag C-460/06 Nadine Paquay mod Société d'architectes Hoet + Minne SPRL. Saml.  
2007 I-08511.

Sag C-232/09 Dita Danosa mod LKB Lîzings SIA. Ennå ikke i Saml.